Die Billigung.

Ein Beitrag zur Lehre von der Willenserklärung und der Rechtshandlung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kaiser-Wilhelms-Universität Straßburg i. E.

vorgelegt von

Alfred Karger
aus Magdeburg,
Referendar in Ziesar.

Halle a. S.
Hofbuchdruckerei von C. A. Kaemmerer & Co.
1913.

Referent: Herr Universitätsprofessor Dr. **v. Tuhr.**

Meinen Eltern.

Literaturverzeichnis.

Adler: Realkontrakt und Vorvertrag Iherings J. 31, 190.

Aravantinos: Rechtsgeschäft und Rechtshandlung Iherings J. 48, 136.

Bähr: Über Irrungen im Kontrahieren Iherings J. 14, 393.

Bechmann: Der Kauf nach gemeinem Recht, Erlangen. I. 1876, II. 1884, III. 1, 1905, III. 2, 1908.

Bekker: Grundbegriffe des Rechts und Mißgriffe der Gesetzgebung, Leipzig 1910.

—,— Bespr. von Schliemann: Zur Lehre von den Willenserklärungen, Einfluß von Zwang und Irrtum, Krit. Viert. 3, 180.

—,— Psychologische Jurisprudenz. Bespr. von Zitelmann; Irrtum und Rechtsgeschäft. Krit. Viert. 22, 583.

—,— Pandekten (Pandekten) Weimar I. 1886, II. 1889.

Biermann: Bürgerliches Recht, Berlin 1908.

Binder: Die Rechtsstellung des Erben I. 1903, Leipzig.

—,— Wille und Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts. Arch. R. Philos. 5, 266.

Bothe: Zweck und Wirkung der Bedingungen Rostock, Diss. 1899.

Breit: Die Geschäftsfähigkeit, Leipzig 1903.

—,— Die Willenserklärung als Äußerung und Leistungsfähigkeit nach dem deutschen BGB., Gruchots Beitr. 55, 1.

—,— Zur Lehre vom Rechtsgeschäft, Sächs. Arch. 13, 283; 15, 165.

Brodmann: Besprech. von Danz: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte ZHR. 70, 399.

Bülow: Das Geständnisrecht, Freiburg-Tübingen 1899.

Cosack: Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 5. A. Jena I, 1, 1909; I, 2, 1910.

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Tübingen-Leipzig, I. 1900, II. 1902.

Danz: Laienverstand und Rechtssprechung, Iherings J. 38, 373.

—,— Die Willenserklärung des BGB., ihre Auffindung und Auslegung, Seuff. Bl. 72, 317.

—,— Zur Willens- und Erklärungstheorie des BGB. DJZ. 06, 1277.

—,— Auslegung und Naturalobligation, Festgabe für Thon. Jena 1911, 179 (Festgabe).

Danz: Die neue realistische Auslegung der Rechtsgeschäfte. JW. 12, 2.
—,— Die Auslegung der Rechtsgeschäfte 3. A. Jena 1912.
Degenkolb: Zur Lehre vom Vorvertrag. Arch. Ziv. Prax. 71, 1.
Dernburg: Die allgemeinen Lehren des Bürgerlichen Rechts. 3. A. Halle I. 1906, II. 1, 1905, II. 2, 1906.
Düringer-Hachenburg: Das HGB. 2. A. II. 1910, III. 1912.
Eberhard: Wille und Willenserklärung. DJZ, 1909, 1069.
Eck: Vorträge über das Recht des BGB., Berlin 1903.
Eltzbacher: Die Handlungsfähigkeit. I. Berlin 1903.
Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 8/9. A. Berlin 1903.
Engelmann: Das Bürgerliche Recht. Berlin 1900.
Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 6|8. A. I. 1, 1911, 4/5. A. I. 2, 1910 (Enneccerus).
Enneccerus: Rechtsgeschäft und Anfangstermin. Marburg 1873 (Rgeschäft).
Fischer-Henle: BGB. 8. A. München 1909.
Fitting: Zur Lehre vom Kauf auf Probe oder auf Besicht. ZHR 2, 203; 5, 79.
—,— Über den Begriff der Bedingung. Arch. Ziv. Prax. 39, 305.
Fritze: Die stillschweigende Willenserklärung nach dem BGB. Arch. Bürg. R. 14, 181.
Gierke: Bespr. von Eltzbacher: Das rechtswirksame Verhalten. ZHR. 55, 307.
Goldmann: Das HGB. Berlin III. 1906.
Goldmann-Lilienthal: Das BGB. 2. A. Berlin 1903.
Goldschmidt: Der Kauf auf Probe oder auf Besicht. Goldschmidts Z. 1, 66, 262, 388.
Gottschalck: Die empfangsbedürftige Willenserklärung. Erlangen Diss. 1902.
Grueber: Die Willensmängel der Rechtsgeschäfte nach dem BGB. Seuff. Bl. 63, 445, 960.
Haidlen: BGB. Stuttgart 1897.
Hartmann: Werk und Wille bei dem sog. stillschweigenden Konsens. Arch. Ziv. Prax. 72, 161.
—,— Die liberatorischen Verträge und ihr Rechtsgrund insbesondere Arch. Ziv. Prax. 85, 1.
—,— Wort und Wille im Rechtsverkehr. Iherings J. 20, 1.
Heck: Gesellschaftsabschlüsse und Willensmängel bei der Gesellschaft des BGB. Festgabe für Gierke. Weimar 1911, 319.
Hellmann: Zur Lehre von der Willenserklärung nach Bürgerlichem Recht. Iherings J. 42, 413.
—,— Vorträge über das BGB. Leipzig/Tübingen/Freiburg 1897.
—,— Bespr. von Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft. Krit. Viert. 48, 217.
Henle: Vorstellungs- und Willenstheorie. Leipzig 1910.

Henle: Ausdrückliche und stillschweigende Willenserklärung (WE.). Leipzig 1910.
Hölder: Das Wesen der rechtswirksamen Willenserklärung Iherings J. 55, 413.
—,— Zur Lehre von der Wollensbedingung. Iherings J. 56, 147.
—,— Willenstheorie und Erklärungstheorie. Iherings J. 58, 111.
—,— Die Lehre vom error. Krit. Viert. 14, 561.
—,— Zum allgemeinen Teil des Entwurfs eines BGB. Arch. Ziv. Prax. 73, 1.
—,— Zur Theorie der Willenserklärung. Festgabe für Degenkolb (1905). Leipzig 1905.
—,— Zur Lehre von der Auslegung der Willenserklärungen und der Bedeutung des Irrtums über ihren Inhalt. Festgabe für Bekker (1907). Weimar 1907.
—,— Der Inhalt der Willenserklärung (1911). Leipzig 1911.
Holtz, Der Schwebezustand bei bedingtem Rechtsgeschäft. Rostock 1904.
ten Hompel: Der Verständigungszweck im Recht. Berlin 1908.
Isay: Die Willenserklärung. Jena 1899.
—,— Zur Lehre von den Willenserklärungen nach dem BGB. Iherings J. 44, 43.
Jakobi: Die Theorie der Willenserklärungen. München 1910.
Jhering: culpa in contrahendo. Iherings J. 4, 1.
Karlowa: Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. Berlin 1877.
Keidel: Der kleine Staudinger. München 1912.
Kipp: Rechtswahrnehmungen und Reurecht. Festgabe für Koch. Berlin 1903, 110.
Klein: Zurücknahme von Willensmitteilungen. Arch. Bürg. R. 33, 245.
—,— Zurücknahme von Vorstellungsmitteilungen. Arch. Bürg. R. 34, 323.
—,— Inwieweit können Willensmitteilungen von Geschäftsunfähigen und Beschränktgeschäftsfähigen und gegenüber Geschäftsunfähigen und Beschränktgeschäftsfähigen vorgenommen werden? Arch. Bürg. R. 36, 304.
—,— Inwieweit sind die Vorschriften über Geschäftsunfähigkeit (BGB. §§ 104 ff.) auf die rein äußeren Handlungen analog anwendbar. Seuff. Bl. 76, 512.
—,— Die Rechtshandlungen im engeren Sinne. München 1912.
Knoke: Bespr. von Jakobi: Die Theorie der Willenserklärung. ZHR. 69, 577.
Kohler: Studien über Mentalreservation und Simulation. Iherings J. 16, 91, 325.
—,— Das Autorrecht, eine zivilistische Abhandlung, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Eigentum, vom Miteigentum, vom Rechtsgeschäft und vom Individualrecht. Iherings J. 18, 129.
—,— Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Berlin 1906.

Kommentar zum BGB.
Hölder: Allgemeiner Teil (AT.) München 1900.
Schollmeyer: Allgemeiner Teil des Rechts der Schuldverhältnisse. München 1900.
Kommentar von Reichsgerichtsräten (RGK.) Nürnberg/Leipzig 1910.
Kräusslich: Die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen. Erlangen Diss. 1898.
Krug: Die Zulässigkeit der reinen Wollensbedingung. Marburg 1904.
Kuhlenbeck: Handkommentar zum BGB. 2. A. Berlin 1903.
Küster: Die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen. Marburg Diss. 1897.
Lange: Die Geschäfte auf Probe. Erlangen Diss. 1908.
Leist: Die Einschränkung der Irrtums- und Täuschungsanfechtung in der Praxis. Arch. Ziv. Prax. 102, 215.
Lenel: Parteiabsicht und Rechtserfolg. Iherings J. 19, 154.
Leonhard: Der allgemeine Teil des BGB. Berlin 1900.
—,— Bespr. von Mommsen: Über die Haftung der Kontrahenten bei Abschließung von Schuldverträgen. Goldschmidts Z. 26, 284.
—,— Willkür und Willenserklärung. Iherings J. 39, 174.
—,— Der Irrtum bei nichtigen Verträgen. Berlin 1882. (Irrtum I.)
—,— Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge. 2. A. II. 1907. (Irrtum II.)
Levy: Über den Vorbehalt der Rückgabe beim Kauf. Erlangen Diss. 1908.
Lippmann: Studien zu § 119 Abs. 2 BGB. Arch. Ziv. Prax. 102, 283.
Litthauer-Mosse: Das HGB. 14. A. Berlin 1911.
Lotmar: Über causa im römischen Recht. München Diss. 1875.
Lukanow: Der Kauf auf Probe. Rostock Diss. 1903.
Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte (1901). Breslau 1901.
—,— Willenserklärung und Willensgeschäft. Berlin 1907.
Matthiass: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Berlin 5. A. 1911.
Monich: Willenserklärung und Rechtsgeschäft. Berlin 1900.
Mommsen: Über die Haftung der Kontrahenten. Braunschweig 1879.
Muskat: Zur Lehre vom Kauf auf Probe (auf Besicht) nach römischen und deutschen Recht. Gruchots Beitr. 48, 205.
—,— Die Bedingung des reinen Wollens des Verpflichteten bei dem Kauf auf Probe und bei anderen Verträgen. Gruchots Beitr. 49, 472.
Neubecker: Haftung für Wort und Werk. Festgabe für Gierke. Berlin 1910. III.
Neumann: Handausgabe des BGB. Berlin 6. A. 1912.
—,— Studien über Rechtshandlungen und Rechtsgeschäft. Festgabe für Wilke. Berlin 1900, 207.
Örtmann: Allgemeiner Teil des BGB. Berlin 2. A. 1908.
—,— Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 3. A. 1911.

Örtmann: Das Recht des BGB.
Allgemeiner Teil (AL) Leipzig 1909.
Schuldrecht. Leipzig 1907.
—,— Die Umtauschklausel. Seuff. Bl. 71, 685.
Passauer: Der Kauf auf Probe. Erlangen Diss. 1904.
Pernice: Das Rechtsgeschäft und Rechtsordnung. Grünhuts Z. 7, 465.
Planck: BGB. 3. A. I. 1903; II. 1907.
Rebitzki: Ungewollte Willenserklärungen. Königsberg Diss. 1911.
Regelsberger: Pandekten. Leipzig 1893.
Rehbein: Das BGB. mit Erläuterungen. Berlin I. 1899; II. 1903.
Rosenberg: Zur Lehre vom sog. qualifizierten Geständnisse. Arch. Ziv. Prax. 94, 1.
Röver: Über die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen, Rostock 1874.
Saleilles: De la déclaration de volonté. Paris 1902.
Savigny: System des heutigen römischen Rechts. Berlin 1840/41.
Schall: Der Parteiwille im Rechtsgeschäft. Stuttgart 1877.
Schliemann: Die Lehre vom Zwange. Rostock 1861.
Schlossmann: Willenserklärung und Rechtsgeschäft. Festgabe f. Hänel. Kiel 1907.
—,— Der Vertrag (V) 1876.
—,— Bespr. v. Zitelmann: Rechtsgeschäft und Irrtum. Grünhuts Z. 7, 543.
—,— Über den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sog. Realkontrakte. Iherings J. 45, 1.
Schollmeyer: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. Berlin 04.
Schmidt: Wille und Erklärung. Halle 1902.
Seckel: Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts. Festgabe für Koch. Berlin 1903, 205.
Siméon: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 5. A. Berlin 1911.
Sobtzick: Die bedingte und die befristete Obligation. Erlangen Diss. 1898.
Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1897.
Staub: Kommentar zum HGB. 8. A. Berlin 1907.
—,— Zum Vergleich herangezogen 5./6. A. Berlin 1900.
Staudinger; Kommentar zum BGB. 7. A. I. 1912; 5./6. A. II. 1910.
Stein: Die Natur des Kaufes auf Probe. Erlangen Diss. 1896.
Stintzing: Die Vorverpflichtung im Gebiet der Schuldverhältnisse. Jena 1903.
Thon: Rechtnorm und subjektives Recht. Weimar 1878.
v. Tuhr: Der allgemeine Teil des BGB. Leipzig 1910.
—,— Bespr. v. Biermann: Bürgerliches Recht. DJZ. 08, 981.
Wach: Das Geständnis Arch. Ziv. Prax. 64, 201; besonders 238.
Wagenführ: Die Bedingung nach dem BGB. Erlangen Diss. 1897.

Walsmann: Ein Beitrag zur Lehre von der Wollensbedingung. Iherings J. 54, 197.
Wedemeyer: Der Abschluß eines obligatorischen Vertrages durch Erfüllungs- und Aneignungshandlungen. Göttingen 1904.
Wendt: Unterlassungen und Versäumnisse. Arch. Ziv. Prax. 92, 1.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. A. Frankfurt 1906.
Windscheid: Wille und Willenserklärung. Arch. Ziv. Prax. 62, 72.
Windscheids ges. Reden und Abhandlungen, herausgegeben von Örtmann. Leipzig 1904.
Wlassak: Das Rechtsgeschäft und das Verhältnis des Willens zur Erklärung nach dem Deutschen BGB.
Allg. Oest. Ger. Z. 53, 71.
Wolf: Das BGB. Halle 1908.
Zitelmann: Irrtum und Rechtsgeschäft (Irrtum) 1876.
—,— Die juristische Willenserklärung, Iherings J. 16, 356.
—,— Die Rechtsgeschäfte. Berlin 1889.
—,— Das Recht des BGB. (Grundriß) Leipzig 1900.

Soweit von einem Schriftsteller mehrere Werke zitiert wurden, wurden die in Klammern gesetzten Unterscheidungen benutzt.

§§ ohne nähere Angabe bezeichnen §§ des BGB.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Zur Einführung 1

I. Kapitel: Kauf auf Probe und Antrag 4

Der Kauf auf Probe ist ein Vertrag 6

Ist der Kauf auf Probe ein Vorvertrag? 8

Die Rechtslage des Kaufs auf Probe vor der Billigung 11

a) Wirkungen nach innen 11

b) Wirkungen nach außen 14

Übt der Kauf auf Probe dingliche Wirkung aus? . 15

Der Kauf auf Probe und ähnlich bedingte Verträge 18

a) Streitfragen in der Wissenschaft 18

b) Streitfragen in der Praxis 21

II. Kapitel: Die Billigung ist die Bedingung des Kaufs auf Probe 23

Die Billigung steht im Belieben des Käufers . . 24

Die Wirkungen der Billigung 31

III. Kapitel: Einleitung 37

Willenserklärung und Rechtsgeschäft 37

Die Willenserklärung ist eine Handlung 39

Der Inhalt der Willenserklärung 44

Die Willenserklärung im Bereich der Tatsachen . 45

Willenserklärung und Rechtshandlung 47

Willenserklärung und Mitteilung 48

Willenserklärung und Geschäftswille 49

Willenserklärung und Erklärung 57

Der Inhalt der Willenserklärung 95

Willenserklärung und Willensäußerung 63

Willenserklärung und Richterspruch 64
Wer kann eine Willenserklärung abgeben? . . . 65
Begriffsbestimmung der Willenserklärung 65
Gibt es nur empfangsbedürftige Willenserklärungen? 66
Ausdrückliche und stillschweigende Willenserklärung 67
Willenserklärung und gesetzliches geregeltes Stillschweigen 70
Schlußbetrachtung 74
IV. Kapitel: Einleitung 75
A. Die Billigung 77
Die Nebenwillenserklärung 77
Billigung und Nebenwillenserklärung 79
Die juristischen Tatsachen im weiteren und engeren Sinne 81
Die Rechtshandlung 82
Die Billigung ist eine Rechtshandlung . . . 83
Billigung und Mitteilung 84
Hat das Gesetz gut daran getan, die Billigung nicht den Mitteilungen zuzuzählen? . . . 88
Unter welche Gruppe der Rechtshandlungen fällt die Billigung? 89
B. Welche Vorschriften von den Rechtsgeschäften und der Willenserklärung finden auf die Billigung Anwendung? 91
1. Titel. Geschäftsfähigkeit 91
2. Titel. Willenserklärung 95
3. Titel. Vertrag 100
4. Titel. Bedingung. Zeitbestimmung . . 100
5. Titel. Vertretung. Vollmacht 100
6. Titel. Einwilligung. Genehmigung . . 102
Anhang 102
Schluß 102

Zur Einführung.

In der vorliegenden Schrift ist der Versuch gemacht worden, das Gebiet der Billigung systematisch zu beleuchten. Daß dies Werk gar viele Mängel aufzuweisen hat, dessen ist sich der Verfasser wohl bewußt. Er hat voll und ganz die Berechtigung des Wortes Henles[1]) anerkennen müssen: „Wer sich in der Einsicht festigen will, daß alle menschliche Erkenntnis Stückwerk bleiben muß, weil eine höhere Weisheit unserem Verstande die Organisation, die alles erfassen könnte, versagt hat, der beschäftige sich mit der Lehre von der juristischen Willenserklärung." Trotzdem schien es nicht ganz unangebracht, diese Schrift, die auf einer Referendararbeit beruht, der Öffentlichkeit anzuvertrauen, da bisher seitens der Wissenschaft jede eingehendere Stellungnahme zur Billigung fehlt. In keinem der Bücher über Willenserklärungen und Rechtshandlungen wird die Billigung genau durchgesprochen. Und dabei verdiente sie wohl wegen ihrer Wichtigkeit im Verkehrsleben eine größere Rücksicht!

Wenn das Gesetz der Billigung keine besondere Beachtung schenkte, so lag das daran, daß die Lehre von den Rechtshandlungen und Willenserklärungen damals ihrem Vorkommen und ihrer Bedeutung nach noch nicht genügend erforscht war.[2]) So wurde es der Wissenschaft überlassen, die Grenzen zwischen Willenserklärung und

1) WE. 33.
2) Vgl. Zitelmann 19.

Rechtshandlung zu ziehen. Seit jener Zeit ist denn auch üppig die Literatur über Rechtshandlung und Willenserklärung aufgeblüht. Doch ein Abschluß dieser Entwicklung ist noch nicht zu erblicken, schon aus dem Grunde nicht, weil die stillschweigende Willenserklärung, die von der Rechtshandlung scharf zu trennen ist und doch soviel mit ihr gemeinsam hat, noch immer der erschöpfenden Bearbeitung harrt, nach deren Erledigung dann leichter das Gebiet der Rechtshandlung abgegrenzt werden kann. Gefördert haben aber alle die bisherigen Arbeiten die Sache zweifellos. Das anfangs für so klein gehaltene Gebiet der Rechtshandlungen hat sich bei wissenschaftlichem Durchforschen immer mehr erweitert. Gar manche Erklärung, von der man es nicht erwartet hatte, ist im Laufe der Zeit der Rechtshandlung auf Kosten der Willenserklärung hinzugezählt worden. Auch die vorliegende Arbeit hat es sich zum Hauptziele gesetzt, das Gebiet der Willenserklärungen wieder um eine Erklärung zu vermindern.

Aus diesem Nachweis ergab sich dann eine zweite Aufgabe für diese Arbeit. Da es ein Mißliches gewesen wäre, für ein nicht einmal seinem Umfang nach überschautes Gebiet wie das der Rechtshandlungen allgemeine Bestimmungen zu treffen, hat das Gesetz darauf verzichtet, die analoge Anwendung der Sätze von der Willenserklärung generell vorzuschreiben.[1]) So war es denn des Weiteren nötig, für die Billigung im einzelnen zu untersuchen, welche Bestimmungen der Rechtsgeschäfte auf sie Anwendung finden.

Die Art der Behandlung ergab sich aus dem Thema selbst.

Die Konstruktion des Kaufs auf Probe ist der Grundpfeiler, auf dem die Lehre von der Billigung ruht. Ihr und ihren Wirkungen ist das erste Kapitel gewidmet.

Danach mußte geprüft werden, ob die Billigung allen Anforderungen entspricht, die man an die Bedingung stellen kann. Kapitel II.

1) Mot. 1, 127, Prot. 1, 55, 130.

Bevor nun die eigentliche Hauptfrage: ist die Billigung eine Willenserklärung, erörtert werden konnte, mußte dargetan werden, was überhaupt eine Willenserklärung ist, da dieser Begriff keineswegs einheitlich von allen Schriftstellern aufgefaßt wird. Daß dieses Kapitel das umfangreichste geworden ist, läßt sich bei einem Blick auf das Literaturverzeichnis ohne weiteres verstehen. Dem Wunsch nach Kürze wurde insofern entsprochen, als nur die Willenserklärung unter Lebenden geprüft wurde, die letztwillige Verfügung hingegen, für die eine besonders geartete Behandlung verlangt werden muß,[1]) vollkommen außer Acht gelassen wurde, da ihre Nutzanwendung auf die Billigung ausgeschlossen ist. Kapitel III.

Im Schlußkapitel ist dann die eigentliche Hauptfrage: ist die Billigung eine Willenserklärung, erörtert worden. Nachdem dies verneint ist, wurde die Anwendung der Rechtssätze über Willenserklärung und Rechtsgeschäft auf die Billigung geprüft.

---

1) Vgl. für das römische Recht D. 34, 2 l. 33; 45, 1 l. 110 § 1. (Hartmann V. 122), Bähr, Iherings J. 14, 401, Bekker, Krit. Viert. 22, 51, Cosack 1, 273 I, Danz DJZ. 06, 1277, 1283, Enneccerus I, 1, 513, II, 1, Knoke ZHR. 69, 582, Leonhard, Goldschmidts Z. 26, 296, Röver 3, 18, Sohm nach Bekker 255, vgl. auch Jakobi 75 ff., AA. Binder Arch. R. Philos. 5, 277, Hölder 1907, 59 ff.

I. Kapitel.

Kauf auf Probe und Antrag.

„Bei dem Kauf auf Probe ist die Rechtslage der beiden Parteien äußerst verschieden: der Verkäufer ist fest gebunden; sobald es dem Käufer beliebt, muß er den Kaufgegenstand liefern. Der Käufer dagegen ist frei: mag auch der vom Verkäufer angebotene Gegenstand den Bestimmungen des Vertrages genau entsprechen und sogar dem Käufer besonders gut gefallen, der Käufer kann ihn dennoch zurückweisen, nach Gutdünken, sogar ohne Angabe des Grundes.“ [1])

Den Gegensatz zwischen der Stellung des Käufers und des Verkäufers beim Kauf auf Probe hat noch schärfer Örtmann [2]) zu fassen versucht. Er sagt: der Kauf auf Probe ist ein hinkendes Rechtsgeschäft, bei dem die eine Partei gebunden ist, die andere nicht. [3])

Aus diesen Sätzen das Wesen des Kaufs auf Probe herauszufinden, wäre verfehlt oder doch zumindest äußerst mühevoll. Denn man versuche nach der obigen Methode das Wesen des Antrags zu bestimmen. Auch von ihm kann man sagen: er bindet die eine Partei (§ 145. Wer einem anderen die Schließung eines Vertrags anträgt, ist an den Antrag gebunden, es sei denn, daß er die Gebundenheit ausgeschlossen hat.), die andere dagegen ist frei. Oder man kann sagen: der Anbietende ist fest gebunden, sobald

1) Cosack 1, 544, 1.

2) § 495, 2.

3) Zustimmend Endemann 1, 1011, 2, Haidlen § 495, 1, Siméon 1, 383, nach Leonhard, Iherings J. 39, 182 auch Arndt und Wendt.

es dem Angebotsempfänger beliebt, muß der Antragende das Angebot erfüllen. Der Angebotsempfänger dagegen ist frei: mag auch das Angebot seinem Wunsche genau entsprechen und sogar ihm besonders gut gefallen, der Angebotsempfänger kann es dennoch zurückweisen, nach Gutdünken, sogar ohne Angabe des Grundes. Trotzdem diese Begriffsumschreibungen sich einander ähnlich sehen, ja sich fast miteinander decken, ist doch ein großer Unterschied zwischen dem Kauf auf Probe und dem Vertragsantrag. „Der Antragsteller ist zwar an seinem Antrag gebunden, er ist aber aus dem Antrag noch keineswegs „verpflichtet". Die Gegenpartei kann aus dem Antrag irgendwelche Ansprüche gegen den Antragsteller erst dann geltend machen, wenn sie den Vertrag angenommen und also aus einem einseitigen Antrag einen zweiseitigen Vertrag gemacht hat. Demnach hat die Gegenpartei durch den Antrag als solchen zwar ein Recht, aber keine „Forderung" erlangt."[1])

Bei dem Kauf auf Probe aber sind Käufer und Verkäufer bereits darüber eingekommen, daß im Falle der Billigung der Verkäufer liefern soll. In diesem Übereinkommen sind alle Erfordernisse des Kaufes bereits geregelt.[2]) Der Verkäufer ist dem Käufer gegenüber bereits vor der Billigung verpflichtet. Der Käufer hat gegen ihn schon Ansprüche:

Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer die Untersuchung des Gegenstandes zu gestatten.[3])

Dieser Satz gibt nicht nur ein Recht dem Käufer, sondern eine Forderung. Nicht nur kann er deren Einhaltung einklagen,[4]) den Verkäufer durch Geldstrafen oder Haft zwingen lassen, daß ihm diese, sein gutes Recht, nicht verkümmert werde,[5]) sondern er kann sich auch in den Be-

1) Cosack 1, 358 Abs. 2.
2) Goldschmidt, Goldschmidts Z. 1, 263.
3) § 495 II (entnommen dem Sächsischen BGB. § 1162).
4) AA. Bechmann 2, 249.
5) ZPO. § 888 I, Örtmann § 495, 9.

sitz der Sache durch den Gerichtsvollzieher setzen lassen, um den Gegenstand zu erproben. Statt dessen kann er auch die Rechte aus § 326 geltend machen, wenn ihm die Besichtigung nicht gestattet oder eine andere als die vereinbarte Ware zum Besicht gestellt wird.[1]) Die in einem solchen Fall zu berechnende Schadenssumme bestimmt sich dann aus dem Schaden, „der aus dem Ausfall der Bedingung entsteht". [2])

Die Untersuchung gestatten zu müssen, ist die wesentlichste Verpflichtung für den Verkäufer während des Schwebezustandes. Sie erstreckt sich bei Gebrauchsgegenständen möglicherweise über die Untersuchung hinaus auf den Gebrauch. Aber mit ihr sind keineswegs alle Verpflichtungen des Verkäufers erschöpft. Von ihnen wird noch weiter unten zu sprechen sein.

Der Kauf auf Probe ist ein Vertrag.

In der Kenntlichmachung eines Unterschiedes zwischen Antrag und Kauf auf Probe liegt bereits eine Stellungnahme zu der juristischen Konstruktion des Kaufs auf Probe. Daß auf die Ansichtssendung in dieser Abhandlung nicht weiter eingegangen ist, ergibt sich daraus, daß bei ihr weder Käufer noch Verkäufer gebunden sind. Es liegt somit in der Ablehnung der Natur des Antrags auch eine Ablehnung der Ansicht, daß Kauf auf Probe irgend etwas mit Ansichtssendung zu tun habe. Nicht zu allen Zeiten hat man diese Unterschiede erkennen können und wollen. Als das römische Recht noch seine Herrschaft ausübte, hatte man gar vielen gelehrten Scharfsinn aufgewandt, um die Wesensgleichheit des Antrags und des Kaufs auf Probe zu beweisen. Erst in der Jetztzeit hat sich allgemein die Überzeugung Bahn gebrochen, daß der Kauf auf Probe kein Antrag ist. Das Vorliegen einer Verpflichtung für den Ver-

1) RGK. § 495, 3, OLG. 20, 183, Recht 10, 1725.
2) Warneyer JdE. 1911 § 495.

käufer hinderte an dieser Annahme. Das Vorliegen einer Verpflichtung für den Käufer zeigt, daß es sich um zweiseitige Verpflichtungen bei dem Kauf auf Probe handelt:

Die Billigung eines auf Probe oder auf Besicht gekauften Gegenstandes kann nur innerhalb der vereinbarten Frist und in Ermangelung einer solchen nur bis zum Ablauf einer dem Käufer von dem Verkäufer bestimmten angemessenen Frist erklärt werden. War die Sache dem Käufer zum Zwecke der Probe oder Besichtigung übergeben, so gilt sein Schweigen als Billigung.[1])

Der Käufer ist sonach gebunden und verpflichtet, sich innerhalb angemessener Zeit zu erklären, da andernfalls ihm ein Präjudiz für seine Erklärungen gesetzt wird. Nur in beschränktem Umfang hat Stintzing[2]) recht, wenn er diese Bestimmungen des Gesetzes für die wesentlichste hält. Denn daß nach Jahr und Tag der Käufer beim Fehlen einer solchen Bestimmung die Billigung aussprechen könnte, ist nicht zuzugestehen. Bei dem Kauf auf Umtausch oder auf Abruf, bei dem gewöhnlich eine solche Abrede nicht getroffen wird, auch eine Gesetzesbestimmung fehlt, ist doch der Umtausch oder der Abruf nur auf eine gewisse Zeitspanne beschränkt.[3]) Wie sich bei der Billigung diese Zeit bestimmt, läßt sich ein für allemal nicht festlegen. Freie Parteivereinbarung wird stets das beste Mittel sein, hier Streitigkeiten zu vermeiden. Doch bisweilen wird es vorkommen, daß eine solche Verabredung nicht getroffen wird. Vor allen Dingen liegt die Gefahr nahe, wenn die Parteien eine Probefrist, wie sie namentlich bei den Gegenständen vorkommt, deren Probieren in einem Gebrauchen, Inbetriebnehmen besteht, ausmachen, haben doch hier schon die Parteien eine Frist ausgemacht. Diese ist indes keineswegs der Billigungsfrist gleichzustellen, vielmehr ist in

---

1) § 496.

2) 27.

3) OLG. 8, 56; 20, 166, Goldschmidt, Goldschmidts Z. 1, 124, Örtmann, Seuff. Bl. 71, 699, 6.

der Regel anzunehmen, daß innerhalb der Gebrauchsfrist sich der Käufer nicht zu erklären braucht, sondern erst nach Ablauf dieser Frist.[1])

Schon vor der Billigung sind beide Parteien gebunden. Käufer wie Verkäufer haben bereits Pflichten. Von keiner Partei kann mehr einseitig eine andere Preisbestimmung getroffen werden,[2]) keine kann mehr einseitig zurücktreten.[3]) Was aber die Hauptverpflichtungen aus dem Kauf auf Probe anlangt, die Bezahlung des Kaufpreises und die Eigentumsverschaffung an dem gekauften Gegenstand, so ist es „der feste Willen der Parteien, daß keiner der den Kauf auf Probe Abschließenden die durch den Kauf auf Probe bestimmten Rechte haben soll, wenn nicht auch der andere Teil die für ihn bedungenen Rechte erhält."[4]) Die Billigung ist mit anderen Worten nicht nur Bedingung der Gebundenheit des Käufers,[5]) sondern auch Bedingung der Gebundenheit des Verkäufers. Wenn aber zwei Erklärungen inhaltlich übereinstimmen und miteinander in innerer Beziehung stehen, mit Bezug aufeinander geäußert sind, so liegt ein Vertrag vor. Dementsprechend ist auch der Kauf auf Probe ein Vertrag.

Ist der Kauf auf Probe ein Vorvertrag?

Mit der Erkenntnis, daß der Kauf auf Probe ein Vertrag ist, hat man viel, doch nicht alles gewonnen. Innerhalb dieser heute allein vertretenen Anschauung stehen sich zwei Ansichten gegenüber. Die eine hält den Kauf auf Probe für einen Vorvertrag, die andere für einen bedingten Kaufvertrag. Der Kampf zwischen diesen Anschau-

---

1) OLG. 12, 377 c.; 23, 32; II RG. 22. XI. 07 297/07, vgl. aber auch OLG. 24, 335.

2) Staudinger § 495, 3 e.

3) Bothe 26.

4) Mot. 1, 134.

5) So Staub Excurs § 382, Note 17.

ungen ist heute größtenteils zur Ruhe gekommen, da das Gesetz selbst Stellung zu dieser Frage genommen hat:

Unter die besonderen Arten des Kaufvertrages ist der Kauf auf Probe eingereiht.

Bereits vor der Billigung wird im § 495 von einer gekauften Sache gesprochen.

Der Kauf ist unter der Bedingung der Billigung geschlossen (§ 495 I, 2).

Wenn es in diesem Satze heißt: der Kauf ist im Zweifel unter der Bedingung der Billigung beschlossen, so bedeutet dies nicht, daß der Kauf „im Zweifel" als bedingter aufgefaßt werden soll.[1]) „Im Zweifel" soll nur die Bedingung eine aufschiebende, nicht eine auflösende sein, „selbst wenn der Kaufgegenstand dem Käufer bereits zur Probe übergeben ist."[2])

Walsmann[3]) hat als Verfechter der Lehre, daß der Kauf auf Probe ein Vorvertrag sei, daß erst durch die Billigung der Kaufvertrag zustande kommt, alle diese Vorschriften, die „eine Anleitung geben sollen, wie der Kauf auf Probe im Zweifel juristisch zu konstruieren sei",[4]) für Null und Nichtig erklärt. Er hat sich hinter der letzten Zuflucht aller Wissenschaftler versteckt: „Der Gesetzgeber darf nur Rechtsvorschriften geben. Die Konstruktion und der systematische Aufbau der Rechtsbestimmung ist Sache der Wissenschaft. Keineswegs ist für die Wesensbetrachtung des Kaufs auf Probe vorgeschrieben, daß es sich um ein bedingtes Rechtsgeschäft handelt."[5]) Nur ein Vorvertrag soll der Kauf auf Probe sein. Doch ein Vorvertrag erzeugt nur einen sofortigen[6]) Anspruch auf Abschluß des künftigen Hauptvertrages. Hiermit wäre

---

1) So Monich 49 ff.
2) Cosack 1, 544, I, 3.
3) Iherings J. 54, 197 ff.
4) Mot. 2, 334.
5) Iherings J. 54, 273.
6) Stintzing 29 d.

aber bei dem Kauf auf Probe dem Rechtsleben nicht gedient.[1]) Denn aus dem Vorvertrag erwächst für jede Partei nur das Recht, von der Gegenpartei die Mitwirkung beim Abschluß des künftigen Hauptvertrages zu fordern. Dieser Hauptvertrag stellt sich, genau besehen, nur als Spezialisierung des ursprünglichen Vorvertrages dar. All das, was die Parteien durch den Hauptvertrag regeln, bezieht sich nur auf unwesentliche Punkte, in denen, die Parteien von einem allgemeinen Gebrauch abweichen wollen.[2]) Beim Kauf auf Probe dagegen soll die Billigung des Käufers nicht einen Vertragsinhalt bestimmen, sondern die Wirkung des Vertrages auslösen. Durch gegenseitiges Ineinanderarbeiten entwickelt sich der Vorvertrag zum Vertrag, durch beiderseitige Hilfe entstehen aus ihm die Verpflichtungen für beide Parteien.[3]) Wäre in der Tat, wie Walsmann meint, der Kauf auf Probe ein Vorvertrag, so „bliebe unklar, inwieweit die Billigung des Käufers seine eigene Verbindlichkeiten hervorzubringen vermöge. Diese kann doch unmöglich wie ein Phönix aus der Asche aus der ursprünglich unwirksamen Erklärung des Käufers hervorgehen".[4]) Wenn Muskat dann weiter fortfährt: „Aus der neuen Erklärung des Käufers kann die Verbindlichkeit doch nur dann erwachsen, wenn letztere allen Erfordernissen einer neuen Errichtung des Kaufes namentlich in Ansehung der Form entspräche und auch in diesem Falle könnte von einer Rückwirkung nur im Verhältnis der Parteien zueinander, also nur in persönlicher, nicht in sachlicher Hinsicht die Rede sein," so übersieht er hierbei, daß er sich im Kreis bewegt. Denn daß die Billigung keiner besonderen Form bedarf, daß die Wir-

1) Endemann 1, 1011, 2; Goldschmidt, Goldschmidts Z. 1, 280; Lange 14; Leonhard, Iherings J. 39, 204.

2) Vgl. Degenkolb Arch. Ziv. Prax. 71, 89 ff. § 154 I.

3) Cosack 1, 359 I, 1. AA. Schlossmann, Iherings J. 45, 3 ff., 89; Stintzing 63, bes. 76.

4) Muskat, Gruchots Beitr. 49, 478.

kung über das rein Persönliche hinausgeht, ist erst eine Folge davon, daß es sich nicht um einen Vorvertrag, sondern einen Kaufvertrag handelt. Diese Folgen können daher nicht verwandt werden, um ihrerseits zu beweisen, daß der Kauf auf Probe kein Vorvertrag sei. Doch dürfte das Vorgebrachte in Verbindung mit dem Gesetzestext genügen, um die herrschende Lehre zu begründen.

Der Kauf auf Probe ist ein richtiger Kaufvertrag.

Die Rechtslage des Kaufs auf Probe vor der Billigung.

a) Wirkungen nach innen.

Der Kauf auf Probe ist ein Kaufvertrag, dessen Wirkung durch die Billigung bedingt wird. Alle Regeln der bedingten Verträge finden auf ihn Anwendung.[1])

So ergeben sich denn für den Verkäufer bereits vor der Billigung neben der Pflicht die Untersuchung des Gegenstandes gestatten zu müssen noch weitere: so kann der Käufer zur Sicherung der Zwangsvollstreckung eine einstweilige Verfügung erwirken, wenn die Gefahr der Verschleuderung des Gegenstandes besteht (ZPO. § 936 i. V. § 916 II.). Gerät der Verkäufer in Konkurs, so ist der Käufer zur Sicherung seines Anspruchs berechtigt (KO. § 67), bei der Verteilung der Konkursmasse wird seine Forderung berücksichtigt (KO. § 154), wenn auch der Anteil bis zum Eintritt der Bedingung zurückgehalten wird (KO. § 168). Ebenso ist es im Zwangsverwaltungsverfahren (ZVG. §§ 48, 120). Stets wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde, kann der Probekäufer die Feststellungsklage sowie die Klage auf künftige Leistung gemäß ZPO. § 259 anstellen.[2]) Diese Klage ist wohl zu unterscheiden von jener, wonach nur für den Fall der Billigung verklagt sein solle. Eine solche

1) Degenkolb Arch. Ziv. Prax. 71, 18.
2) RG. 51, 243.

Klage ist unstatthaft wegen fehlender Bestimmtheit, weil das Gesetz eine bedingte Rechtshängigkeit nicht kennt.[1])

Auch bei der Auslieferung von Vermögensmassen und Auseinandersetzungen muß auf den Kauf auf Probe angemessene Rücksicht genommen werden, indem nur gegen Sicherheitsleistung die gekaufte Sache dem Berechtigten ausgeliefert wird,[2]) oder der Kaufgegenstand sogar zu Gunsten des Käufers zurückbehalten wird.[3]) Nur in einem Falle bleibt der Kauf auf Probe bei Auseinandersetzungen außer Ansatz, wenn der Nachlaßwert zur Ermittelung des Pflichtteils festgestellt wird.[4]) Doch diese Außerachtlassung ist nur eine vorübergehende. „Tritt die Bedingung ein, so hat die der veränderten Rechtslage entsprechende Ausgleichung zu erfolgen."[5])

Ebenso wie der Käufer gegen den Verkäufer schon vor der Billigung gesichert ist, so ist es auch andererseits der Verkäufer. Auch er kann zu seiner Sicherung der Zwangsvollstreckung den Arrest erwirken (ZPO. § 916 II), im Konkurs die Sicherung verlangen, bei jeder Gefährdung seiner Ansprüche Klage auf künftige Leistung erheben usw. Abgesehen davon löst der Kaufvertrag noch eine weitere Verpflichtung für den Käufer aus, die mit seinem Untersuchungsrecht in Zusammenhang steht. Während der Zeit der Untersuchung braucht sich der Verkäufer nicht um die Erhaltung der gekauften Sache zu kümmern, vielmehr ist dies eine der wesentlichsten Verpflichtungen des Käufers.[6])

Sonach ist es nicht unbedenklich, wenn Cosack sagt: der Käufer ist vor der Billigung frei. Noch viel bedenklicher, ja sogar falsch ist es, wenn man noch heute im Anschluß an frühere Auffassungen[7]) sagt, daß vor der

1) JW. 01, 248,2, Warneyer JdE. 08, 670.
2) §§ 52 II, 1986 II, 2217 II.
3) §§ 733 I, 2, 1475 I, 2, 1498, 1546 II, 2046 I, 2, HGB. § 155, II, 2.
4) § 2313 I, 1.
5) § 2313 I, 3.
6) Braunschw. Z. 05, 68.
7) HGB. Art. 339 II, 1. ROHG. 7, 322.

Genehmigung der Käufer überhaupt nicht an den Kauf gebunden sei. Denn wenn der Käufer zu gar nichts verpflichtet wäre, folgt notwendig wegen der in diesem Vertrag liegenden Gegenseitigkeit, daß auch der Gegner nicht verpflichtet sein könnte.[1]) Für die Wissenschaft war es ein Glück zu nennen, daß die dementsprechende Fassung des 1. Entwurfs[2]) nicht Gesetz wurde, die einseitig eine wissenschaftliche Frage gelöst hätte.[3]) Denn wie jeder bedingte Vertrag ist auch der Kauf auf Probe mit dem Abschluß bereits zustande gekommen, nicht etwa erst mit der Billigung.[4]) Selbst wenn die Billigung nicht erfolgt, so waren doch die Parteien bis zum Ablauf der verabredeten oder ortsüblichen, eventl. auch den Umständen angemessenen Frist gebunden.[5]) So äußert der Kauf auf Probe schon vor Eintritt der Billigung Folgen, nur gerade die nicht, um deren willen der Kauf abgeschlossen wird. Der Inhalt des Rechtsgeschäfts tritt noch nicht ein, da auf sein Inkrafttreten sich die Billigung bezieht. Wegen der Rechtsfolgen in der Schwebezeit kann man nicht sagen, daß der Probeverkäufer nur eine Anwartschaft auf das Kaufgeld, der Probekäufer auf den Kaufgegenstand vor der Billigung hat. Sie haben beide bereits mehr als bloße Anwartschaft, sie haben Rechte, die übertragen und verpfändet werden können (ZPO. § 844) und die ohne weiteres auf die Erben übergehen. Nur wenn der Probekäufer mit seinem Kaufrecht jemanden bedacht hat, kann es vorkommen, daß sein Recht nicht wirksam wird: wenn der Bedachte vor Ablauf der Billigungsfrist stirbt.[6])

---

1) Vgl. bereits Savigny 3, 131.

2) §§ 79; 471, 2.

3) Prot. 1, 160, 1754.

4) Dernburg 1, 508, Fitting ZHR. 5, 151.

5) Lange 12, Passauer 32, Seckel 219, für den Verkäufer ROGH. 7, 322, AA. Adler, Iherings J. 31, 254, Goldmann-Lilienthal 525 Note 21. Neumann § 495, 3, Levy 59, Siméon 385, OLG. 2, 502.

6) § 2074.

b) Wirkungen nach außen.

Nicht immer begnügt sich der Kauf auf Probe damit, die Wirkungen seines eigenen Geschäfts zu bedingen. So schließt bisweilen ein Mäkler den Kauf auf Probe ab. Dann ist für ihn die Geltendmachung eines Anspruchs ebenfalls durch die Billigung des Kaufs bedingt. Nicht früher kann er den Mäklerlohn verlangen (§ 652). Dies gilt auch dann, wenn ein Handelsmäkler den Vertrag geschlossen. Nur einmal scheint es bei flüchtigem Überfliegen der einschlägigen Bestimmungen so, als ob ein mit dem Kauf auf Probe verbundenes Geschäft im Handelsrecht anders wie im Recht des BGB. zu beurteilen ist, wenn ein Handlungsagent für den Käufer den Kauf auf Probe geschlossen hat. HGB. § 88 II lautet:

Ist die Ausführung eines Geschäfts infolge des Verhaltens des Geschäftsherrn ganz oder teilweise unterblieben, ohne daß hierfür wichtige Gründe in der Person desjenigen vorlagen, mit welchem das Geschäft abgeschlossen ist, so hat der Handlungsagent die volle Provision zu beanspruchen.

Wenn beim Kauf auf Probe der Käufer die Billigung versagt, so unterbleibt in der Tat sehr häufig die Ausführung des Geschäfts, ohne daß hierfür wichtige Gründe in der Person desjenigen vorliegen, mit welchem das Geschäft abgeschlossen ist. Nach Gutdünken kann der Käufer die Billigung verweigern. Sollte in einem solchen Fall der Handlungsagent wirklich eine Vergütung erhalten? Diese Frage ist zu verneinen. In den Fällen die dem Gesetz vor Augen schweben, handelt es sich um eine Willkür des Geschäftsherrn, die ohne rechtlichen Grund ist, bei dem Kauf auf Probe aber ist die Willkür als Bedingung gesetzlich bestimmt. Das Verhalten des Geschäftsherrn, der die Billigung aus persönlichen Gründen versagt, findet im § 495 II seine rechtliche Stütze. Das Verhalten des Geschäftsherrn einschränken derart, daß er nicht nach freiem Belieben den Kauf auf Probe billigen könnte, hieße

ihm das Wesentliche nehmen. HGB. § 88 II findet sonach beim Kauf auf Probe keine Anwendung.

Wie beim Mäklervertrag die Zahlung des Mäklerlohnes von der Billigung abhängig ist, so ist es auch bei der Übernahme einer Bürgschaft mit der Inanspruchnahme des Bürgen. Denn Erklärungen, durch welche für den Kauf auf Probe Sicherheiten bestellt werden, sind als unter derselben Bedingung abgegeben anzusehen. So ist es nicht nur bei der Bürgschaft, sondern auch bei der Bestellung einer Hypothek oder eines Pfandrechts für Käufer oder Verkäufer.[1])

Übt der Kauf auf Probe dingliche Wirkung aus?

Von diesen Fällen, die als Nebenbestimmungen des Kaufs auf Probe angesehen werden können, deren Wirkungen sich ebenfalls bedingt erwiesen, ist scharf zu scheiden die Frage, ob beim Kauf auf Probe auch die daraus entspringenden Rechtsverhältnisse auf Eigentumsübertragung bedingt sind, mit anderen Worten, ob eine bedingte Übereignung des Kaufgegenstandes in der Übergabe liegt, ob mit der Bezahlung des Kaufpreises das Geld nur bedingt dem Verkäufer übereignet wird, wenn dies vor der Billigung geschieht. Übereignung des Kaufgegenstandes und des Kaufpreises sind ihrerseits wieder voneinander zu trennen, will man zu einem richtigen Ergebnis gelangen.

Man kann nicht sagen, daß in der Übergabe des Kaufgegenstandes eine bedingte Übereignung liegt. Die Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer die Untersuchung des Gegenstandes zu gestatten, wird bisweilen gar nicht anders als durch Übergabe des Kaufgegenstandes erfüllt werden können. Wenn z. B. ein Fahrrad, ein Ruderboot auf seine Güte untersucht werden soll, so wird dies meistens nur dadurch geschehen können, daß das Fahrrad, das Ruderboot übergeben wird. Sehr häufig wird auch der

1) §§ 765 II, 1113 II, 1204 II.

Verkäufer aus Bequemlichkeit, um Ruhe vor lästigen Besuchen des Käufers zu haben, den Gegenstand während der Probezeit lediglich zur Probe übergeben. Daß hierin eine bedingte Übereignung liegen soll, ist keineswegs zu bejahen. Die Behauptung Örtmanns:[1]) wenn ein Geschäft bedingt ist, sind es auch ohne weiteres die daraus entspringenden Rechtsverhältnisse und ihre Anwendung auf den Kauf auf Probe[2]) kann nicht in Verfolgung des vom Reichsgericht vertretenen Standpunktes:[3]) abstraktes Erfüllungsgeschäft zu Gunsten einer Vereinigung von dinglichen Leistungs- und Kausalgeschäft mehr und mehr aufzugeben, dazu verwertet werden, das dingliche Rechtsgeschäft nur als Ausfluß des obligatorischen aufzufassen. Vielmehr ist die Eigentumsübertragung gegenüber dem Schuldverhältnis, wie das Reichsgericht selbst ausgesprochen hat,[4]) selbständig und nicht ein Teil des Schuldverhältnisses. Man ist daher nicht gezwungen, stets von bedingten Übereignungen beim Kauf auf Probe zu reden, wenn der Gegenstand übergeben ist, auch nicht im Zweifel.[5]) Vielmehr wird es im Einzelfalle die Frage des juristischen Taktes sein, ob anzunehmen ist, daß die Übereignung der gekauften Sache bedingt mit der Übergabe erfolgt ist. Mangels besonderer Abmachung wird dies aber stets zu verneinen sein, wenn die Untersuchung nur durch Übergabe gestattet werden konnte,[6]) ferner stets wenn es sich um Grundstückskäufe handeln sollte.[7])

Anders dagegen verhält es sich mit der Eigentumsfrage bei dem Kaufpreis, den der Käufer schon vor der Billigung gezahlt hatte. Er will hierdurch, wofern es nicht

---

1) § 158, 4 d.
2) Seuff. Bl. 71, 686.
3) Vgl. RG. 57, 96; 63, 167; 66, 385; 69, 13; 72, 64.
4) Recht 12, 2627.
5) Cosack 544, 3; Planck § 158, 5; RGK. § 158, 4.
6) RG. Goldschmidts Z. 38, 198 Nr. 192.
7) Vgl. § 925 II.

ausdrücklich vereinbart ist, keine Sicherheit dem Gläubiger bieten, er will freiwillig bezahlen, obwohl er dazu noch nicht verpflichtet ist. Hier eine bedingte Übereignung anzunehmen, würde der juristischen Konstruktion alle Ehre machen, doch die Rechtswissenschaft ist nicht um ihrer selbst willen da, sondern der Menschheit wegen. Sie soll nicht an verknöcherten Formen festhalten, wenn das pulsierende Leben ihre Konstruktionen Lügen straft. Wenn heutzutage Geld zur Sicherheit gegeben wird, muß dieses gesondert von dem übrigen aufbewahrt werden. Wenn Geld bedingt übereignet wird, muß es ebenfalls gesondert aufbewahrt werden, da ja die Möglichkeit besteht, daß die Bedingung nicht eintritt. Wie aber stellt sich die Praxis zu dem auf Grund eines Probekaufs erlangten Gelde? Hier liegt es dem Käufer völlig fern, vom Verkäufer die gesonderte Verwahrung des Geldes zu verlangen. Er gibt ohne weitere Bedenken das Geld. Stillschweigend läßt er das Geld auf den anderen übergehen, sich hier so wenig wie sonst im Leben bei Zahlungen darüber Gedanken machend, daß er das Eigentum an dem Gelde übertrage. Er nimmt an, daß der Verkäufer das Geld zu seinem anderen tun werde. Auch der Verkäufer hat bei dem Empfange des Geldes keine abweichende Ansicht. Man kann demnach wohl behaupten, daß der Käufer das Eigentum an dem Gelde unbedingt auf den Verkäufer übergehen läßt. Sollte wirklich die Billigung nicht erfolgen, so bleibt dem Käufer ja immer noch ein obligatorischer Anspruch auf Rückzahlung. Daß dieser Anspruch gegenüber dem dinglichen von minderer Güte ist, kann nicht geleugnet werden. Doch der Käufer hat ja freiwillig durch Zahlung seine Stellung geschädigt. Es liegt kein Grund vor um deswillen eine andere Entscheidung zu treffen.[1]) Man kann allerdings über die in der Literatur vertretene Ansicht[2]) hinausgehen und dem Käufer das Recht zuge-

1) OLG. 2, 502.

2) Düringer-Hachenburg 3, 60.

stehen, sein Geld nicht nur nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuverlangen, sondern auch auf Grund eines Vertrages, von dessen Vorhandensein meist weder Käufer noch Verkäufer etwas wissen. Und doch kann man ihn annehmen! Der Käufer will ja das Geld nur für den Fall gegeben haben, daß die Billigung erfolgt, und der Verkäufer nimmt es in Empfang, wohl wissend, daß er, wenn die Billigung nicht erfolgt, die gleiche Summe herausgeben muß, wie er erhalten hat. Man kann hier also, da beide Parteien die Umstände, unter denen sie das Geld gegeben und genommen haben, kennen, von einem stillschweigend geschlossenen Vertrag reden, durch den sich der Verkäufer verpflichtet hat, das ihm gezahlte Geld dem Käufer zurückzugeben, wenn die Billigung seitens des Käufers nicht erfolgt, also von einem aufschiebendbedingten Vertrage, der wirksam wird, wenn die Billigung nicht rechtzeitig erfolgt.

Der Kauf auf Probe und ähnlich bedingte Verträge.

a) Streitfragen in der Wissenschaft.

Nach dem Vorausgegangenen sollte man meinen, daß das Wesen des Kaufs auf Probe das Gesetz in klarer, nicht leicht mißverständlicher Weise im Verein mit der Rechtswissenschaft festgelegt hat. Und doch ist die Wissenschaft von Irrtümern und Streitfragen nicht verschont geblieben. Man kann beinahe behaupten, daß man sich nur darüber einig ist, daß Kauf auf Probe und Kauf auf Besicht das Gleiche ist. Allerdings war früher auch dies bestritten.[1]) Eine solche Verschiedenheit in der Bezeichnung beruht indes allein auf der Verschiedenheit der Gegenstände, über die ein Kauf auf Probe abgeschlossen wird. „Kleider und silberne Gefäße werden besehen; Pferde, Mautiere, Rinder werden geprobt.“ [2]) Diesen Ausdrücken

1) Goldschmidt, Goldschmidts Z. 1, 432 Note 8.
2) Ders. a. a. O. 1, 114.

sind dann die weiteren: Kauf auf Besehen, auf Versuch und Kauf bis zum Kosten gleichgestellt worden, die Goldschmidt in dem Ausdruck: Handeln nach Belieben zu vereinigen gesucht hat.[1]) Daß es zu Meinungsverschiedenheiten über den Kauf auf Probe in der Wissenschaft kommen konnte, ist nur allzu erklärlich. Immer neue Bedingungen tauchten bei Kaufverträgen auf. Immer wieder drängte sich die Frage auf, ob ein so oder anders bedingter Vertrag nicht ein Kauf auf Probe sei.

Beispiele hierfür bieten der Kauf auf Umtausch und der Kauf unter Vorbehalt der Rückgabe, die man ihrerseits wieder Gefahr läuft gleichzustellen. Daß zwischen ihnen aber ein Unterschied besteht, hat Örtmann[2]) überzeugend nachgewiesen:

bei dem Kauf unter Vorbehalt der Rückgabe handelt es sich darum, ob gekauft wird;

bei dem vorschriftsmäßigen Kauf auf Umtausch dagegen nur, was gekauft wird.

Vorschriftsmäßig können allerdings nur die wenigsten Käufe auf Umtausch genannt werden. Wenn der Umtausch durch einseitige Erklärung des Käufers erfolgen kann, liegt die Sache verhältnismäßig einfach. Es handelt sich dann um einen Kauf mit der facultas alternativa für den Käufer, den ursprünglich gekauften Gegenstand gegen einen anderen einzutauschen.[3]) Meist aber soll der Umtausch durch einen Vertrag zwischen den Parteien stattfinden. Da aber meist die Regelung vergessen ist, ob die einzutauschende Ware derselben Art, desselben Preises sein muß, so ist wegen Unbestimmtheit des Inhalts der Verpflichtung der neue Vertrag rechtlich nicht erzwingbar.[4]) Denn nur unter bestimmten Voraussetzungen muß der Verkäufer den An-

1) Goldschmidts Z. 1, 69, 110, 118.
2) Seuff. Bl. 71, 686.
3) OLG. Dresden Sächs. Arch. 00, 516, Örtmann, Seuff. Bl. 71, 695ff.
4) Dernburg 2 § 193 II, OLG. 2, 502.

trag auf Abschluß eines Ersatzkaufs annehmen.[1]) Doch „kann die mangelnde Einigung nicht dahin führen, der Vereinbarung, es solle der Umtausch gestattet sein, die Bedeutung beizulegen, daß der Kauf nur auf Probe geschlossen sein solle.“[2]) Noch viel weniger aber ist dies möglich, wenn der Umtausch an die Bedingung geknüpft ist, der Käufer müsse vom Verkäufer aus dessen Vorräten einen anderen Gegenstand zu gleichem oder höherem Preise kaufen.[3]) Zumindest hebt sich der Kauf auf Umtausch dadurch vom Kauf auf Probe ab, daß er stets auflösend-, nicht aufschiebendbedingt ist.

Anders kann es bei dem Kauf unter Vorbehalt der Rückgabe sein, von dem der eine[4]) behauptet, daß es sich um einen Kauf auf Probe handele, der andere,[5]) daß es ein Kauf unter der auflösenden Bedingung: wenn die Sache zurückgegeben wird, sei. In beiden Ansichten steckt ein richtiger Kern, der aber vom grünen Tisch aus nicht zu lösen ist, sondern allein nach Lage des Einzelfalles. Jedesmal muß untersucht werden, ob das Eigentum durch die Übergabe auf den Käufer übergegangen ist oder ob die Sache nur zur Probe dem Käufer anvertraut ist. Je nachdem wird man den Kauf unter Vorbehalt der Rückgabe für aufschiebend- oder auflösendbedingt erachten müssen. Nur wenn man diesen Kauf im Zweifel als aufschiebendbedingt ansieht, kann man in ihm einen Kauf auf Probe erblicken.[6]) Jedoch sprechen zwingende Gründe nicht hierfür, das Geschäftsleben, das in diesem Falle die Gefahr des Untergangs der Sache den Käufer tragen läßt, spricht sogar dagegen.

---

1) Örtmann, Seuff. Bl. 71, 689, 693 ff.
2) OLG. 2, 502, Cosack 1, 544, 1, Fischer-Henle § 495, 1.
3) AA. RGK. § 495, 4.
4) Crome 2, 487 Note 17.
5) Levy 66 ff.
6) Vgl Seuff. Arch. 63, 315.

b) Streitfragen in der Praxis.

Wenn schon der Wissenschaft die Unterscheidung der Bedingungen Schwierigkeiten macht, so wird es nicht Wunder nehmen, wenn von den weniger mit der Juristerei vertrauten Leuten mit dem Begriff „Kauf auf Probe“ falsche Vorstellungen verbunden werden. Das Gericht muß in jedem Einzelfalle deshalb prüfen, ob mit dem Ausdruck Kauf auf Probe tatsächlich ein solcher Kauf gemeint ist. Andererseits muß auch das Gericht in manchen Fällen, bei denen nach dem Parteivorbringen andere Arten des Kaufes ausgemacht sind, prüfen, ob nicht hier ein Kauf auf Probe vorliegt. So ist es an manchen Orten verkehrsüblich, daß ein Kauf auf Probe vorliegt, auch wenn er nicht vereinbart ist,[1]) z. B. in Hamburg für Stuhlrohr, in Bremen für Südseetran und Reis, in Marseille für alle Waren, sofern nicht Lieferungskauf vorliegt.[2]) Umgekehrt zeigte es sich in einem Falle, dessen Entscheidung dem Reichsoberhandelsgericht[3]) oblag, daß Kauf auf Probe mit Kauf zur Probe verwechselt war. Die Unterscheidung beider Kaufarten ist juristisch klar:

der Kauf zur Probe ist ein unbedingter Kauf unter Hinzufügung des Beweggrundes;[4])

der Kauf auf Probe dagegen ist ein bedingter Kauf, das Leben aber verwischt diese Unterschiede. Teilweise ist auch der einfache Mann gar nicht in der Lage, diese Unterscheidungen ohne fremde Hilfe zu erkennen. Geht es doch selbst dem Kaufmann so, der sich eifrigst mit Kaufverträgen zu beschäftigen hat. Auch der Kaufmann verwechselt die Arten des Kaufes miteinander. So ist es im Handelsverkehr gar keine seltene Erscheinung, daß Kauf auf Besicht versehentlich statt Kauf nach Besicht ge-

1) Dernburg 2 § 193 II.

2) Goldschmidt, Goldschmidts Z. 1, 444 ff., vgl. ferner Code Napoléon art. 1587.

3) ROHG. 2, 187.

4) HGB. Art. 341.

braucht und bezeichnet wird, der bedingte Kaufvertrag mit einem unbeschränkten Kaufvertrag mit beschränkter Mängelhaftung verwechselt wird,[1]) und auch das Umgekehrte kommt bisweilen vor.[2]) So bietet der Kauf auf Probe allerhand Schwierigkeiten, zu denen als größte sich die Frage hinzugesellt, wann die Bedingung subjektiv und wann objektiv zu verstehen ist.[3]) Darum darf bei dem Kauf auf Probe „die juristische Interpretationskunst wegen der bis heute noch nicht geschwundenen, unterschiedslosen Ausdrucksweisen des geschäftlichen Verkehrs nicht schlechthin angewandt werden, namentlich dann nicht, wenn die Lebensstellung und der Bildungsgrad der Vertragschließenden dafür spricht, daß sie sich der juristischen, korrekten Unterscheidung jener Ausdrücke bei der Prüfung der Vertragsfassung nicht bewußt gewesen sind.“[4])

1) Litthauer-Mosse BGB. § 495, 3.
2) JW. 06, 549.
3) Vgl. darüber weiter unten.
4) ROHG. 2, 187, Goldschmidt, Goldschmidts Z. 1, 433 ff., Staub Excurs § 382, Note 15.

II. Kapitel.

Die Billigung ist die Bedingung des Kaufs auf Probe.

Als Bedingung ist die Billigung nach dem Gesetz aufzufassen. Es müssen in ihr alle die wesentlichen Teile zu finden sein, die zusammen das Wesen der Bedingung ausmachen, wenn die Billigung eine echte Bedingung sein soll. Eine echte Bedingung liegt nur dann vor, wenn die Parteien die Wirkung eines Rechtsgeschäftes von dem Eintritt oder Nichteintritt eines zukünftigen, ungewissen Ereignisses abhängig machen.

Hierbei sei bemerkt, daß der Eintritt bezw. Nichteintritt nicht irrtümlich als im alternativen Verhältnis zueinanderstehend aufzufassen ist, derart etwa, daß die Parteien je nachdem, ob das eine oder das andere eintritt, den einen oder den anderen Erfolg herbeiführen wollen, sondern als zwei verschiedene Vereinbarungen. Die Parteien wollen stets nur ein bestimmtes Rechtsgeschäft, wenn sie diesem eine Bedingung hinzufügen. Nur dann aber soll es wirksam werden, wenn etwas früher Vereinbartes, das noch ungewiß und noch zukünftig ist, geschieht. — Dies Ereignis kann sowohl eine Änderung als auch ein Bestehenbleiben des jetzigen Zustandes bilden. — Man kann daher nicht von bedingten Entschließungen sprechen,[1]) sondern nur von bedingten Wirkungen. Nach der anderen Ansicht müßte nämlich bei Nichteintritt der Bedingung überhaupt keine Entschließung vorgelegen haben. Wie aber ein Nichts Wirkungen in der Schwebezeit auslösen kann, ist nicht einzusehen.

1) So Karlowa 78, Monich 48.

Die Billigung steht im Belieben des Käufers.

Auf den ersten Blick scheint es, als ob der Kauf auf Probe identisch sei mit einem Kauf unter der Bedingung, daß der Käufer den Kauf wolle.[1]) Mit knappen Worten hat dem auch der erste Entwurf in § 471 Ausdruck gegeben:

Ist ein Kauf auf Besicht oder auf Probe beschlossen, so steht es im Belieben des Käufers den Gegenstand zu genehmigen oder zu mißbilligen. Ein solcher Kauf ist im Zweifel als unter der Bedingung geschlossen anzusehen, daß der Käufer an den Vertrag nur dann gebunden sei, wenn er wolle.

Die Fassung des ersten Entwurfs ging nicht in das Gesetz über. Bedeutet aber nicht ohne Weiteres: die Billigung steht im Belieben des Käufers, der Kauf wird wirksam, wenn der Käufer wolle? Wo aber findet man bei dieser Gleichstellung bei der Billigung die Erfordernisse der Bedingung, das zukünftige und das ungewisse Moment? „Das Wollen ist nur eine gegenwärtige Tatsache. Die Seelenbewegung, die wir Wollen nennen, ist entweder im gegenwärtigen Moment da, oder sie ist nicht da, und an dem, was jetzt ist, kann durch die Zukunft nichts geändert werden.“[2]) Wäre tatsächlich das Wollen die Bedingung, so müßte der Kauf auf Probe, ähnlich wie bei Monich die bedingte Entschließung, entweder bereits mit Abschluß unbedingt vorhanden sein, in welchem Fall kein Kauf auf Probe vorläge, sondern ein gewöhnlicher Kaufvertrag, oder der Kauf auf Probe könnte nie zur Entstehung, zum Abschluß kommen. Da dem aber nicht so ist, er vielmehr vor der Billigung eine Menge Wirkungen auslöst, erweist sich die Behauptung Fittings[3]) hinfällig, wonach die Abhängigmachung des Willens die Bedingung des Kaufs auf Probe sei.

1) Vgl. RGK. § 495, 1.
2) Enneccerus Rgeschäft 177, RG. 72, 385.
3) Arch. Ziv. Prax. 39, 335.

Das Studium des römischen Rechts führte aus den Irrgängen dieser Anschauung heraus. Soviel die Römer über die Wollensbedingungen geschrieben haben, nie findet sich in den Texten ein Ausdruck: si volo, si velim, sondern stets si voluero, si volam. Das gab zu denken, da leider in unserer deutschen Muttersprache die sprachliche Genauigkeit zu vermissen ist. Das römische Recht führte auf den Weg zur Erkenntnis, wenngleich auch hier die spätere Zeit die Verdienste der früheren durch Gedankenlosigkeit schmälerte. Wenn man nämlich im römischen Recht Studien über das Alter der Quellenstellen treibt, so wird man entdecken, daß si voluero die ältere Form ist, während si volam, das neueren Ursprungs ist, einen Schritt rückwärts bedeutet, da das zweite Futurum logischer ist.[1]) In diesen Bedingungen findet man unschwer das zukünftige Moment. Auch das Ungewisse ist hierin leicht zu erkennen. Denn wenn ich auch mein gegenwärtiges Wollen kenne, von ihm weiß, ob es da ist oder nicht da ist, wie ich in späteren Tagen denken werde, darüber kann ich heute keine Auskunft geben. Mein zukünftiger Wille ist abhängig von durch die Außenwelt auf mich einwirkenden Eindrücken, von zukünftigen Gemütsstimmungen, die mir zur Zeit noch unbekannt sind.[2])

Bis zu diesem Punkt hat das römische Recht unsere Kenntnis von der Billigung gebracht. Psychologische Erörterungen mußten hierüber hinausführen, da es bei den Römern in diesem Punkte schlecht bestellt war.[3]) Noch im ersten Entwurf hatte man geglaubt, daß die Parteien als Bedingung den bloßen Willen des Verpflichteten bestimmen könnten und hatte eine darauf begründete Verpflichtung für unwirksam erklärt.[4]) Doch schon hatte man ein-

1) Vgl. Bechmann 2, 400; vgl. auch RGK. Vorb. § 158, 3f.

2) Leonhard, Iherings J. 39, 188, Monich 151, 68, abw. Adler Iherings J. 31, 254, Fitting ZHR. 5, 15.

3) Kohler, Iherings J. 18, 136.

4) § 138.

gesehen, daß das Wollen obwohl eine Tatsache, an sich ein der Außenwelt verborgen bleibender, rechtlich daher bedeutungsloser Vorgang ist, daß ein solcher Vorgang nicht zur Bedingung gesetzt werden könne,[1]) daß die interne Willensevolution noch nicht die Sphäre der Justiz berührt, daß erst die Willensprozedur,[2]) der den Bewegungsnerv durchzuckende Willensstrom, das frank und frei auf dem Boden der Sinnlichkeit sich bewegende Willenserzeugnis zur juristischen Geltung kommt. An Stelle des saloppen[3]) Sprachgebrauchs: wenn ich will oder richtiger wenn ich wollen werde, mußte ein anderer gesetzt werden, der den Tatsachen besser entsprach. Daß das Wollen rechtlich in die Erscheinung trat, war nicht zu leugnen. Das Wollen wurde ja geäußert. So sagte man statt: wenn ich wollen werde, wenn ich erklärt haben werde zu wollen.[4])

Hätte man damals ahnen können, daß eine spätere Zeit dem Wort „erklären" eine bestimmte enge Bedeutung geben würde, man hätte besser getan, einen anderen Ausdruck zu wählen, damit die Wissenschaft schon früher hätte untersuchen können, ob bei diesem Fall der engere Begriff des Erklärens am Platze ist. So aber, als die neue Lehre von der Erklärung Anklang fand und in ihre Kreise fast alles Kundgetane zog, fand man diese Untersuchung bei der Billigung nicht der Mühe wert, vielmehr übernahm man die Billigung ohne weiteres in die Reihe der Erklärungen. Aus gleichem Grunde hätte auch Krug besser getan, seine Abkürzung für das Unschöne, Schwerfällige: wenn ich erklärt haben werde zu wollen, statt mit Wollenserklärung mit einem weiteren Ausdruck, etwa Wollens-

---

1) Muskat Gruchots Beitr. 49, 474.

2) Kohler, Iherings J. 16, 93, vgl. ferner Ihering, Iherings J. 4, 71, Regelsberger 492, 2, Savigny 3, 258, Windscheid, Iherings J. 19, 76, Seuff. Arch. 29 Nr. 215.

3) Bekker, Pandekten 2 § 45 Note 3.

4) Enneccerus 1, 2, 313 Note 9, Leonhard, Iherings J. 39, 204 Mot. 2, 334.

äußerung, zu belegen.[1]) So harrt auch noch sein Buch der genaueren Untersuchung, ob tatsächlich die Wollenserklärung eine Erklärung im modernen Sinne ist.

Jede Abkürzung eines Schriftstellers hat ihr Mißliches, da es, wie die Lehre von der Willenserklärung deutlich genug zeigt, unter 10 Fällen kaum einen geben wird, bei dem die gesamte Wissenschaft sich einmütig den neuen Ausdruck zu eigen macht. Deshalb soll hier auf eine neue Wortprägung verzichtet werden, es soll das Alte beibehalten werden, allerdings nicht in der unschönen Form „wenn ich zu wollen erklärt haben werde", sondern in der üblicheren, wenn ich will, unter der man sich allerdings die andere Form vorstellen muß.

Daß aber unter diesen Begriff die Billigung gar nicht fällt, zeigt das Gesetz selbst:

der Kauf auf Probe ist unter der Bedingung der Billigung des Kaufgegenstandes geschlossen.[2])

Dies bedeutet, daß nach heutigem Recht nicht der Kaufvertrag, sondern der Kaufgegenstand zu billigen ist.[3]) Mit Leichtigkeit läßt sich hiernach ein Unterschied zwischen Billigung und Zustimmung finden, der bisweilen geleugnet wird.[4]) Man stimmt einem Vertrag zu, man billigt einen Gegenstand. Das, was der Käufer erklärt, enthält nur ein Urteil. Das Ge- oder Mißfallen des Vertrages ist nur das Motiv für die Billigung. Der Sache und dem Grunde nach gibt allerdings rein das Belieben des Käufers am Kaufvertrage den Ausschlag.[5]) Doch deutlich genug zeigt sich ein Unterschied, „das Gefallen an einer Sache ist mit dem Entschluß sie käuflich zu erwerben, in keiner

1) 74.

2) § 495 I, 1.

3) AA. Hölder, Iherings J. 56, 156, Lange 12, Monich 96, 5, Walsmann, Iherings J. 54, 276.

4) Manigk 527, Muskat, Gruchots Beitr. 48, 209, Staub, Excurs § 382, Note 17.

5) Bechmann 2, 218, Fitting ZHR. 5, 112, Hölder, Iherings J. 58, 136, Note 8, Krug 177, Note 1, Muskat, Gruchots Beitr. 48, 210.

Weise identisch.“ [1]) Der Anstoß zur Billigung tritt nicht in die Erscheinung. Schon das römische Recht hatte Ähnliches bei der acceptilatio. Dort erklärt der Gläubiger in Verzichtsabsicht, weil er das Recht nicht mehr haben will, weshalb diese Erklärung wirtschaftlich einem Verzicht gleichkommt. Die Erklärung selbst aber verrät die Verzichtsabsicht nicht. Formell verliert der Gläubiger sein Recht, weil festgestellt ist, daß sein Recht infolge Erfüllung untergegangen ist. — Bei dem Kauf auf Probe ist ebenfalls seinem Inhalt und seiner Richtung nach, also wenigstens in seiner äußeren Erscheinung, ebenfalls der zum Abschluß des Geschäfts gehörige Wille zu kaufen gänzlich von der Billigung des Kaufgegenstandes verschieden. Dies ist eine Bestärkung des im ersten Kapitel aufgestellten Satzes, daß der Kauf nicht erst mit der Billigung zum Abschluß kommt. Der Wille zu kaufen erscheint durch die Beifügung jener Bedingung nicht ausgeschlossen. „Zwischen der psychologischen Tätigkeit des Wollens einerseits, des Urteilens, Gefallens andererseits besteht an und für sich ein prinzipieller Gegensatz.“ [2])

Noch klarer und deutlicher wird hierdurch, daß „die Billigung eine reine Bedingung ist, die wie alle Bedingungen dem Erfordernis genügt, zur Zeit ihres Setzens für menschliches Wissen unerforschlich zu sein, während sie in Zukunft in Aussicht steht, [3]) von deren Eintritt eine Rechtswirkung durch den bereits früher festgelegten Parteiwillen abhängig gemacht wird“. [4]) Die künftige Äußerung des Käufers, ihm gefalle der Kaufgegenstand, ist die Bedingung des Kaufs auf Probe. [5]) Eine solche Bedingung mußte zu allen Zeiten als gültig anerkannt werden, wäh-

1) Bechmann 2, 218.
2) Bechmann 2, 217.
3) Enneccerus, Rgeschäft 171.
4) Ders., a. a. O. 186.
5) Düringer-Hachenburg 3, 238, Note 289, Enneccerus 1, 1 481, 3, Leonhard, Iherings J. 39, 181, Walsmann, Iherings J. 54, 259.

rend man bei der Wollensbedingung, zu der man bisweilen[1]) die Billigung rechnet, infolge falscher Erklärung des Wörtchens: wenn ich will, lange Zeit ihre Gültigkeit bezweifelt hat.[2])

Die Billigung steht im Belieben des Käufers.

Dieser Satz gibt eine Auskunft darüber, ob die Billigung, vom Standpunkt der Beteiligten aus betrachtet, potestativ, kasuell oder gemischt ist. Die Billigung ist eine Willkürbedingung, da sie im freien Belieben eines der Beteiligten, des Käufers, steht. Gerade dadurch unterscheidet sich dieser Kaufvertrag von einer anderen Kaufart, bei der der Käufer zur Prüfung verpflichtet ist und nach dem Ergebnis der Prüfung die Genehmigung oder Nichtgenehmigung auszusprechen hat, von dem sogenannten Kauf nach Besichtigung. Der Kauf nach Besicht ist nicht, wie in manchen Handelskreisen angenommen wird, dem Kauf auf Besicht gleichzustellen.[3]) Der Kauf nach Besicht ist auf das billige Ermessen oder die Angemessenheit gestellt. Weigert sich der Käufer, dem nachzukommen, so kann der Verkäufer gerichtlich gegen ihn vorgehen, und das Gericht hat bei hartnäckigem Weigern den Ausspruch des Käufers zu ersetzen. Beim Kauf auf Probe sind Besehen und Proben dagegen nur Mittel für die Billigung des Käufers. Dieser darf nicht allein billigen, ungeachtet, daß er gar nicht geprobt oder besehen hat, ja ungeachtet, daß ihm die Ware mißfällt, sondern auch mißbilligen, wenngleich die Ware ihm gefällt und vollkommen preiswürdig und mit Vorteil umsetzbar ist, ohne die Ware besehen oder geprobt zu haben.[4])

---

1) Dernburg 1, 508, Fitting ZHR. 5, 129, Goldschmidt ZHR. 1, 276, Leonhard 395, Seuff Bl. 75, 94, RGK. Vorb. § 158, 3f.

2) Vgl. 1. E. § 138 I.

3) ROHG. 14, 205, JW. 01, 367, RG. 9. IV. 01, VII. 48/01, AA. Crome 2, 487, 2b.

4) Goldschmidt, Goldschmidts Z. 1, 119, vgl. dagegen Windscheid 1, 484.

Wann Kauf auf Besicht, wann Kauf nach Besicht vorliegt, wird in der Praxis häufig auf Schwierigkeiten stoßen. Was bedeutet z. B. die Bedingung: wenn der Wagen gut fährt? Ist hier der Kauf von dem Urteil des Käufers oder eines unbeteiligten Dritten abhängig gemacht? Die Praxis hat in dem einen ihr zur Beurteilung vorliegenden Fall die Bedingung subjektiv aufgefaßt, d. h. den Kaufvertrag als Kauf auf Probe behandelt, doch nur deshalb, weil die besonderen Umstände für eine solche Entscheidung sprachen.[1]) Allgemein wird sich eine solche Behandlung auch kaum rechtfertigen lassen, es wird vielmehr stets alles auf das gesamte Verhalten der Parteien beim Kaufabschluß ankommen.

Die Billigung steht in der Willkür. Mit diesem Satz taucht die alte Streitfrage wieder auf, ob bei einer solchen Bedingung zum Eintritt die Erfolgsabsicht gehört. Wie ist die Bedingung: si Capitolium ascendant zu lesen, hieß es im römischen Recht, wie ist heute die Willkürbedingung, die Bedingung: wenn der Kaufgegenstand gefällt, zu verstehen? Soll eine zufällige Äußerung Eintritt der Bedingung sein, oder gehört zu der Äußerung, daß sich der Äußernde ihre rechtlichen Folgen zuvor klar gemacht habe? Diese Frage ist im heutigen Recht nicht von der Wesentlichkeit wie im alten, da das Gesetzbuch zwischen Zufalls-, Willkür- und gemischten Bedingungen keine Scheidung macht. Aus diesem Grunde sind auch die Quellenstellen nur mit größter Vorsicht zu benutzen. Verlockend klingt die Argumentation: eine Absicht ist bei der Willkürbedingung nötig, weil hierdurch sie sich von der Zufallsbedingung unterscheidet. Doch muß für die Gegenwart zumindest dieser Unterschied energisch bestritten werden. Heute beruht der Unterschied einzig und allein darauf, daß ein Dritter oder der Bedingtberechtigte oder -verpflichtete die Bedingung erfüllen kann. Das heutige Recht hat gut dar-

---

1) OLG. 24, 335.

an getan, diese ganze Scheidung als unfruchtbar aufzugeben, weil eine Zufallsbedingung auch durch den Bedingtberechtigten erfüllt werden kann. Die Bedingung: si navis ex Asia venerit wird auch dann erfüllt, wenn ein Schiff eines der Vertragschließenden aus Asien kommt. Wer würde bei dieser Bedingung glauben, daß ein Schiff gerade zu dem Zwecke kommen muß, die Wirkung des Rechtsgeschäfts herbeizuführen? Zum Bedingungseintritt ist doch stets nur ein Ereignis nötig, nicht eine Absicht. Wäre es anders, dann würde jede Willkürbedingung eine Wollensbedingung sein. Von einem zukünftigen Wollen des Vertrages und einer dem Ausdruck gebenden Handlung würde die Wirksamkeit des Vertrages abhängig gemacht. Dies liegt aber nicht in der Absicht der Vertragsschließenden. „Deren Absicht geht vielmehr dahin, daß die Gebundenheit auch dann eintreten soll, wenn die betreffende Handlung ohne Verpflichtungswillen aus anderen Gründen vorgenommen wird.“ [1]) Auch die Billigung ohne Erfolgsabsicht [2]) löst die Wirksamkeit des Kaufvertrages aus.

Die Wirkungen der Billigung.

Dies ist die wichtigste Wirkung der Billigung, sind ihr noch sonstige Wirkungen zuzuschreiben?

Cosack [3]) und mit ihm noch andere [4]) behaupten: nach erfolgter Billigung darf der Käufer solche Mängel der Kaufsache, die ihm zur Zeit der Billigung erkennbar waren, nicht mehr rügen. Da diese Ansicht auf §§ 495/6 nicht zu stützen ist, [5]) wird von ihnen auf § 460 verwiesen:

---

1) Enneccerus, Rgeschäft 285.

2) Savigny 3, 130, Walsmann, Iherings J. 54, 274 ff., AA. Bechmann 2, 242, Fitting ZHR. 5, 146, Note 83, Leonhard, Iherings J. 39, 184.

3) 1, 545, 5.

4) So RGK. § 495, 6, Düringer-Hachenburg 3, 242, Note 296, Leonhard, Iherings J. 39, 182, Örtmann § 495, 5, Staub, Excurs § 382, Note 21, OLG. 24, 335.

5) Düringer-Hachenburg 3, 239, Note 291.

Der Verkäufer hat einen Mangel der verkauften Sache nicht zu vertreten, wenn der Käufer den Mangel bei dem Abschlusse des Kaufs nicht kennt usw.

Wenn man bedenkt, daß der Kauf auf Probe nicht erst mit der Billigung zu Stande kommt, vielmehr schon vorher abgeschlossen ist, könnte es sich hiernach nur um eine analoge Anwendung des § 460 nach der Billigung handeln, da dieser Paragraph bereits beim Abschluß des Kaufs auf Probe Anwendung gefunden hat. Es ist keineswegs „als notwendige Folge des im § 460 liegenden Gesetzesgedanken zuzugeben, daß der Probekäufer nicht nur dann, wenn die Kenntnis oder grobfahrlässige Unkenntnis des Mangels im Augenblicke des Kaufabschlusses bestand, sondern auch dann der Rüge verlustig ist, wenn sie im Augenblick der Billigungserklärung bestand.“ [1]) Bei keinem anders bedingten Kaufvertrag wird man sagen können, daß der Käufer durch Eintritt der Bedingung der Mängelrügen verlustig geht, oder gar, wie Düringer-Hachenburg [2]) will, daß bereits mit Abschluß des Kaufvertrages die Gefahr auf den Käufer übergeht. Man wird nun einwerfen, daß Billigung des Kaufgegenstandes gleichbedeutend mit Gefallenfinden sei, daß aber ein Gegenstand, der im Grunde doch nur für bestimmte Zwecke gefällt, keine Mängel aufweist. Indes ein Gegenstand kann gefallen und doch im Verhältnis zur Zeit des Kaufabschlusses minderwertig geworden sein. Soll in solchen Fällen der Käufer zur Mißbilligung gezwungen sein, um nicht Gefahr zu laufen, keine Ansprüche im Falle der Billigung gegen den Verkäufer geltend machen zu dürfen? Soll mit anderen Worten beim Kauf auf Probe das wichtige Recht aus dem Kaufvertrage auf Wandelung und Minderung ausgeschlossen sein? Das wichtigere von diesen Rechten ist für den Probekäufer

1) So RGK. § 495, 6, Düringer-Hachenburg 3, 242, Note 296, Leonhard, Iherings J. 39, 182, Örtmann § 495, 5, Staub, Excurs § 382, Note 21, OLG. 24, 335.

2) Düringer-Hachenburg 3, 239, Note 291.

zweifellos die Minderung, da er ja durch Mißbilligung einen der Wandelung entsprechenden Erfolg herbeiführen kann. Doch kann auch hier die Wandelung praktisch werden, wenn etwa der Käufer durch Krankheit an rechtzeitiger Mißbilligung verhindert war und die Billigung nach § 496, 2 eingetreten ist. Ist es wirklich infolge des § 460 notwendig, daß der Käufer mißbilligen muß, wenn der Verkäufer, den sein Vertrag reut, nach Vertragsabschluß die guten Eigenschaften der Kaufsache zerstört? Ein solches Ergebnis geht weit über das vom § 460 Bezweckte hinaus, verkehrt dies in sein Gegenteil. Der Käufer wird so nicht zur Aufmerksamkeit erzogen, sondern dem Verkäufer auf Gnade und Ungnade ausgeliefert. Um die hierin liegende Ungerechtigkeit zu vermeiden, muß man sich an die streng wörtliche Auslegung des § 460 halten, muß ihn nur auf Mängel zur Zeit des Kaufabschlusses beziehen, nicht auf später erkennbare Mängel.[1]) § 460 gibt keine Auslegungsregel für die Mängelfrage nach der Billigung, wohl aber führt § 464 zu einer solchen. Dieser Paragraph greift voll und ganz durch.[2]) Bis zur Billigung war die gekaufte Sache in der Regel lediglich zum Zweck der Probe übergeben. Sie war noch nicht in des Käufers Eigentum übergegangen. Erst nach der Billigung, bisweilen sogar mit der Billigung, erfolgt der Eigentumsübergang. „Nimmt der Käufer eine mangelhafte Sache an, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm Ansprüche aus der Verschlechterung der Kaufsache nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Annahme vorbehält.“[3]) Es muß also der Käufer, wenn ihm die Sache übergeben war und das Eigentum auf ihn mit der Billigung übergehen sollte, sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Billigung vorbehalten. Im Prinzip ist eine Wandelung und Minderung beim Kauf auf Probe trotz der Billigung möglich. Hierin liegt

1) Planck § 495, 3, Recht 12, 2818.
2) Dernburg 2, § 193 IX, Haidlen § 495, 1.
3) § 464.

ein weiterer Unterschied zwischen Kauf auf Besicht und Kauf nach Besicht. Beim Kauf nach Besicht ist die Mängelhaftung beschränkt, beim Kauf auf Besicht dagegen nicht.

Daß dieser Grundsatz stets zu einem befriedigenden Ergebnis führen wird, ist allerdings nicht zu behaupten. Wenn der Käufer z. B. durch Weiterveräußern den Gegenstand billigt, wird man hierin in der Regel kaum einen Verzicht auf Wandelung und Minderung finden können, trotzdem hier der Käufer sich seine Rechte wegen des Mangels nicht vorbehalten hat.[1]) In einem solchen Fall dürfte es sich noch mehr als anderwärts[2]) empfehlen, von dem Käufer zu verlangen, daß er dem Verkäufer seine — unter Vorbehalt gegebene — Billigung mitteilt.

Bisweilen ist auch die Frage aufgeworfen, ob mit der Billigung die Verjährungsfrist der Mängel zu laufen beginnt. Cosack[3]) meint, daß sie stets erst nach der Billigung beginnt. Indes braucht dies nicht immer der Fall zu sein.[4]) Eine gründliche Untersuchung der Sache kann ja dem Käufer bereits vor der Billigung gestattet sein. In einem solchen Falle kann — es kommt hier alles auf die Parteien an — die Verjährungsfrist vom Zeitpunkt der Untersuchung an laufen. Vor allen Dingen wird dies häufig bei Kaufleuten gelten müssen. Für diese beginnt mit dem Zeitpunkt der Übergabe die kaufmännische Untersuchungsfrist (HGB. § 377), wäre es da nicht überflüssiger Formalismus, die Verjährung der Mängel nicht mit diesem Zeitpunkt beginnen zu lassen, nur weil diese Untersuchungsfrist nach ordnungsmäßigem Geschäftsgang, nach kaufmännischen Gebräuchen und der Natur der Sache zu beurteilen ist, nicht nach der Natur des Kaufs auf Probe?

Nach dem Bisherigen hat die Billigung in ihren Wir-

---

1) Bechmann 3b, 141 ff.
2) Vgl. weiter unten.
3) 1, 545, 9.
4) RGK. § 495, 6.

kungen nichts gegenüber anderen Bedingungen voraus. So ist es auch nicht verwunderlich, daß auf den Kauf auf Probe nach der Billigung alle die Bestimmungen Anwendung finden, die den Fall regeln, daß die Bedingung erfüllt wird. Aus dem bisherigen Vorrecht vor der Billigung entwickelt sich mit Eintritt der Bedingung das Recht selbst derart, daß es nur seine Weiter- oder Umbildung darstellt. Daß das Recht vom Tage des Kaufabschlusses gerechnet wird, ergibt das Wesen des bedingten Vertrages. Darum kann der durch den Kauf auf Probe Berechtigte Schadenersatz vom anderen Teil verlangen, „wenn dieser während der Schwebezeit das von der Bedingung abhängige Recht durch sein Verschulden vereitelt oder beeinträchtigt.“ [1]) Darum ist ferner bestimmt, daß „wenn jemand unter einer aufschiebenden Bedingung verfügt hat, jede weitere Verfügung, die er während der Schwebezeit über den Gegenstand trifft, im Falle des Eintritts der Bedingung insoweit unwirksam ist, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde,“ [2]) — wofern nicht derjenige, dem die weitere Verfügung zugute kommt, gutgläubig ist —. Diese Bestimmung meint anscheinend Muskat, [3]) wenn er von einer Rückbeziehung in sachlicher Hinsicht beim Kauf auf Probe spricht. Denn eine dingliche Wirkung ist dem BGB. bei der Bedingung unbekannt:

§ 159. Sollen nach dem Inhalte des Rechtsgeschäftes die an den Eintritt der Bedingung geknüpften Folgen auf einen früheren Zeitpunkt zurückbezogen werden, so sind im Falle des Eintritts der Bedingung die Beteiligten verpflichtet, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn die Folgen in dem früheren Zeitpunkt eingetreten wären.

Nur eine Bestimmung aus der Lehre von den Bedin-

1) § 160.
2) § 161.
3) Gruchots Beitr. 49, 179.

gungen kann beim Kauf auf Probe nicht im vollen Umfang angewandt werden. § 162 lautet:

Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert, so gilt die Bedingung als eingetreten.

Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Vorteil er gereicht, wider Treu und Glauben herbeigeführt, so gilt der Eintritt als nicht erfolgt.

Für den Käufer paßt diese Bestimmung nicht und kann sie nicht passen, da es ja das dem Kauf auf Probe Eigentümliche mit sich bringt, daß es seiner Macht vorbehalten ist, nach freiem Belieben den Kaufgegenstand gutzuheißen. Wenn der Käufer diese Berechtigung ausübt, kann man von ihm nicht sagen, daß er wider Treu und Glauben den Eintritt der Bedingung herbeigeführt oder verhindert hat.[1])

Anders liegt die Sache beim Verkäufer. Hier hat der Satz volle Berechtigung. Wenn der Verkäufer die ihm unbequeme Billigung durch Drohung, Gewalt oder arglistige Täuschung verhindert, so gilt die Bedingung als eingetreten. Umgekehrt ist die auf gleiche Weise zu Stande gekommene Billigung nicht als Eintritt der Bedingung anzusehen, einer Anfechtung derselben bedarf es nicht. Dies ist ein Unterschied zwischen jeder Willenserklärung und der Billigung. Denn bei der Willenserklärung[2]) bedarf es stets der Anfechtung, um eine durch Drohung o. ä. veranlaßte Willenserklärung unwirksam zu machen. Bis zur Anfechtung ist sie schwebend wirksam, sie kann sogar durch nicht rechtzeitige Anfechtung vollwirksam werden. Bei der Billigung dagegen bedarf es keiner Anfechtung, hier genügt einfache Anwendung des § 162.

---

1) Vgl. jedoch Windscheid 1, 484.

2) Im weiteren Verlauf der Abhandlung ist zur Abkürzung statt dieses Wortes WE. gebraucht.

III. Kapitel.

Einleitung.

Von den verschiedenen verfügbaren Ausdrücken wie WE., Willensverwirklichung, Willensbetätigung, Willensgeschäft und ä. hat das BGB. das Wort „Willenserklärung" als technisch gewählt, um hiermit eine besondere Bedeutung zu verbinden. Diesen Ausdruck empfiehlt es sich, in der Rechtspflege beizubehalten, wenngleich Monich[1]) zugegeben werden muß, daß „verständlicher, namentlich für den Laien, die anderen Ausdrücke sind. Denn bei dem Ausdruck „Erklärung" denkt man unwillkürlich an die Notwendigkeit eines Empfängers, welchem ein Gedanke klar gemacht werden soll und an den Gebrauch von Worten oder wenigstens an die Vornahme positiver Handlungen,"[1]) so daß man leicht in den Fehler verfallen kann, für die WE. von vornherein diese Erfordernisse der Empfangsbedürftigkeit, der positiven Handlung festzulegen, anstatt zuvor zu untersuchen, ob diese Bedeutung der WE. zukommt.

Willenserklärung und Rechtsgeschäft.

Erschwert schon die Wahl des Wortes WE. den Weg zur richtigen Begriffsbestimmung, so noch weit mehr der im Gesetzbuch im Anschluß an die gemeinrechtliche Lehre[2]) vorkommende Brauch, WE. und Rechtsgeschäft als gleichbedeutend zu benutzen.[3]) Grade dieser Satz der Motive

1) 138, 2, vgl. auch Saleilles 2, 1.

2) Statt aller anderen Savigny 3, 6, 96, Windscheid 1, 310, über die Gründe hierfür vgl. Schloßmann V, 131 ff., ähnlich noch RG. 68, 324.

3) Mot 1, 126.

gehört zu den bekanntesten: Rechtsgeschäfte sind Privat-WEWE., gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deshalb eintritt, weil er gewollt ist. So hat die Verwirrung auf diesem Gebiet einen sehr beträchtlichen Grad erreicht, zumal dem Rechtsgeschäft selbst wiederum zweierlei Bedeutungen zukommen: bald bezeichnet es den Tatbestand, bald die Rechtsfolgen.[1])

Daß mit Rechtsgeschäft und WE. das Gesetz zwei verschiedene Begriffe verbindet, ergibt schon der Umstand, daß die „WE." einer von den sechs Unterabschnitten des Abschnittes „Rechtsgeschäft" ist, daß somit WE. nur ein Bestandteil des Rechtsgeschäfts sein kann. „So ist der Ausdruck WE. im Gesetzbuch namentlich da gewählt, wo die Willensäußerung als solche im Vordergrunde steht oder wo zugleich der Fall getroffen werden soll, daß eine WE. nur als ein Bestandteil eines rechtsgeschäftlichen Tatbestandes in Frage kommt. Das Wesen des Rechtsgeschäfts ist darin gefunden, daß ein auf die Hervorbringung eines Rechtserfolges gerichteter Wille in Anerkennung dieses Willens die gewollte Rechtsgestaltung in der Rechtswelt verwirklicht hat."[2]) Nicht immer hat das Gesetz sich hiernach gerichtet, z. B. nicht in § 111, in dem Rechtsgeschäft für WE. gebraucht wird.[3]) Aber nicht jede WE. ist ein Rechtsgeschäft. „Einen noch nicht angenommenen Antrag zu einem Vertragsschluß wird der korrekte Sprachgebrauch nie als Rechtsgeschäft bezeichnen. Ebensowenig wird man in der Abgabe einer unwirksamen WE. den Abschluß eines Rechtsgeschäftes finden."[4])

Selbst das einseitige Rechtsgeschäft besteht keineswegs notwendig nur aus einer WE., vielmehr müssen vielfach noch weitere Erfordernisse hinzutreten, um den vollen

1) Örtmann Vorb. § 104, 2a, b, Pernice, Grünhuts Z. 7, 484.
2) Mot 1, 126.
3) Schloßmann 10, hiergegen vgl. aber § 107.
4) Monich 4.

rechtsgeschäftlichen Tatbestand herbeizuführen, so das Zugehen, die Zustimmung Dritter.[1])

Wenn man die WE. in weiterem Sinne verstehen will, als sie seit der Lehre Manigks[2]) aufzufassen ist, läßt sich nur soviel sagen, daß in jedem Rechtsgeschäft mindestens eine WE. enthalten sein muß,[3]) daß sie Tatbestandsstück des Rechtsgeschäftes ist.[4]) Sie verhält sich zum Rechtsgeschäft wie Ursache zur Wirkung.[5]) Die WE. ist eine Äußerung, ein Tun positiver oder negativer Art, eine Tätigkeit, nicht immer ein Tatbestand. Das Rechtsgeschäft dagegen ist eine fertig abgeschlossene Tatsache, keine Tätigkeit allein,[6]) sondern ein Tatbestand,[7]) „eine Emanation des objektiven Rechts".[8]) Nur selten decken sich Tätigkeit und Tatbestand. Ist dies der Fall, handelt es sich stets um ein einseitiges Rechtsgeschäft, das mit einer WE. vollkommen übereinstimmt. Hierher gehören die Fälle der Auslobung, des Testamentes, des einseitigen Verzichts.[9])

Die Willenserklärung ist eine Handlung.

Bei der Bedingung war gezeigt worden, daß der Wille, der lediglich ein inneres Wollen geblieben ist, niemals in der Außenwelt bemerkt werden kann. Die WE., die auf die Außenwelt einwirkt, muß, wenn anders das oben Dargelegte richtig sein soll, mithin nicht ausschließlich aus einem Willen bestehen. In der Tat ist die WE. der Außenwelt sichtbar, eine Tatsache. Sichtbar werden im Leben

---

1) Örtmann AL. 2, 23b.
2) Vgl. darüber weiter unten.
3) Enneccerus 1, 1, 347, Isay 2, Regelsberger 492, RGK. Vorb. § 104, 4.
4) Bekker 254, 258.
5) Monich 4.
6) AA. Schloßmann 28.
7) RGK. a. a. O.
8) Bülow Arch. Ziv. Prax. 64, 87, Note 52.
9) Vgl. Biermann 137, Breit. Sächs. Arch. 13, 290, aber auch 15, 166.

aber nur Zustände und Handlungen. Daß die WE. kein dauernder Zustand ist, sieht man auf den ersten Blick. So schnell wie sie in die Erscheinung getreten, verschwindet sie. Sie ist eine flüchtige Phase,[1]) eine Handlung. Es gibt keine Dauererklärung, sondern nur dauernde Wirkungen der Erklärung oder stets stillschweigend erneuerte Erklärungen.[2])

Handeln im Rechtssinne steht im Gegensatz zu der körperlichen Bewegung.[3]) „Während in der Natur jede Tatsache ihre Wirkung hat, sucht sich das Recht, weil es eine freie Schöpfung des Menschen ist, die Tatsachen bezw. Tatsachenkomplexe, an welche es Rechtswirkungen binden will, erst aus.“[4]) Handeln im Sinne des Rechtslebens ist ein Handeln, das man dem Handelnden zurechnen kann, für das er einstehen muß. Dieses Handeln muß er aus eignem Antriebe vornehmen, nicht gezwungen. Der Handelnde muß den Handlungs-, d. h. bei der WE. den Erklärungswillen,[5]) oder — wie er bisweilen auch genannt wird[6]) — den Wirkungswillen haben. Für sein inneres Wollen tritt als Sinnbild die Erklärung auf. Dieses muß sich mit dem Erklärungswillen decken. „Nicht genügt, daß sich eine äußere Tatsache als Wirkung der inneren darstellt. Nur dann ist eine Handlung als Erklärung anzuerkennen, wenn ihrem inneren Teil der Wille angehört, durch ihren äußeren Teil irgendeine seelische Tatsache, „einen auf diese Bewegung gerichteten Trieb“[7]) zum Ausdruck zu bringen.[8]) Überall, wo nicht nachweisbar die die Handlung darstellende Bewegung durch eine von den in ihm wirken-

1) ten Hompel 12.

2) AA. Neubecker 188.

3) Zitelmann, Irrtum 29.

4) Ders., a. a. O. 206.

5) Eine Scheidung zwischen Handlungs- und Erklärungswillen macht Rebitzki zu Unrecht.

6) ten Hompel 17.

7) Schloßmann V, 136.

8) ten Hompel 93, vgl. ferner Manigk 128, Wedemeyer 59 ff.

den Kräften unabhängige Kraft oder infolge einer anomalen Funktion seiner Organe herbeigeführt ist, sagen wir, die Handlung sei eine gewollte.“ [1]) In diesem Sinne ist jede Handlung gewollt. Der Kampf, den Rebitzki gegen die ungewollte Willenserklärung führt, ist somit im Grunde ein Kampf gegen Windmühlen. Daß eine erzwungene Handlung wirksam sei, wird von keinem der Verfechter der ungewollten Willenserklärung ausdrücklich behauptet, kann ihnen aber nicht wegen ihrer ungenauen Ausdrucksweise in den Mund gelegt werden. Der Satz, daß kein erzwungenes Tun als Handlung angesehen werden darf, ist heute so selbstverständlich, daß ihm nicht immer Ausdruck gegeben ist. Im geltenden Gesetzestext ist dem erzwungenen Tun kein Satz gewidmet. [2]) Nur ein Satz findet sich über das ungewollte Tun im BGB. § 105 II: Nichtig ist auch eine WE., die im Zustande der Bewußtlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit abgegeben wird.

Dieser lückenhaften Behandlung ist es vielleicht zuzuschreiben, daß man der wissenschaftlichen Ergründung des Tuns im bürgerlichen Recht so wenig Aufmerksamkeit geschenkt hat. Anders im Strafrecht, das man neuerdings dem bürgerlichen Recht im weiteren Umfange nutzbar zu machen versucht, als es bisher geschehen. [3]) Endlich scheint die Mahnung Zitelmanns [4]) beherzigt zu werden, nach der Zivil- und Strafrecht nicht gesondert zu betrachten, sondern zu einer Einheit zu verschmelzen sind.

Nur wenig hatte es dem gesunden Rechtsempfinden, das bei den Laien a priori wohl kaum in stärkerem Maße wie bei den Juristen vorhanden sein dürfte, entsprochen, zu sagen, daß das erzwungene Tun kein Handeln sei, daß somit niemand zu bestrafen sei, wenn eine erzwungene Handlung ein Verbrechen hervorgebracht hat. Als Helfer

1) Schloßmann V, 135.
2) Vgl. dagegen noch ALR. 1 IV, § 31.
3) Jakobi 62 ff.
4) Irrtum VII, 259 ff.

in der Not kam die Lehre von der mittelbaren Täterschaft. Trotzdem StGB. § 160 gegen sie spricht, wurde sie von Theorie und Praxis in höherem oder geringerem Maße angenommen.[1]) Ihr Gebiet ist heute noch nicht in voller Ausdehnung erkannt, wie die neuerliche Anwendung auf die Absichtsverbrechen zeigt.[2]) Daß diese Lehre überall Anklang gefunden hat, liegt an dem befriedigenden Ergebnis, zu dem sie führt:

der Vergewaltigte wurde nicht als Mensch, dies Wort in der edelsten Bedeutung genommen, sondern als Werkzeug angesehen, dessen sich der Vergewaltiger bediente. Der Vergewaltiger war der Handelnde. Ihn trifft die Strafe für das Tun des Vergewaltigten.

Ins bürgerliche Recht hat diese Lehre bis jetzt keinen Eingang in ihrem Grundgedanken gefunden, wenngleich man Ansätze hierfür in den Motiven[3]) bereits finden kann. Dort ist bereits angedeutet, daß der Gezwungene nicht handelt, daß er nur vermittelndes Werkzeug ist. Während bei der Lehre vom Zwang das Unbefriedigende der bisherigen Lösung, die erzwungenes Tun als rechtlich nicht bestehend anerkennt, noch nicht zum Ausdruck gekommen ist oder wenigstens noch nicht versucht ist, hier Abhilfe zu schaffen, hat Gradenwitz[4]) bei der Lehre vom Irrtum dies mit Recht als Mangel empfunden. Auch in diesem Fall meint die herrschende Lehre, daß bei Anfechtung wegen Irrtums weder das Erklärte noch das Gewollte rechtlich bedeutungsvoll sei. Unter Zuhilfenahme von Treu und Glauben und Analogie aus § 162 hielt Gr. es für unanständig, allein wegen Irrtums anzufechten, er meinte vielmehr, daß in solchen Fällen das wirklich Gewollte, das nicht erklärt ist, gelten solle.[5]) Mag man sich zu dieser Lehre stellen,

1) RG. St. 31, 80; 39, 37.
2) Vgl. Liszt, Lehrbuch des Strafrechts § 50 II 4.
3) 1, 204.
4) Anfechtung und Reurecht beim Irrtume 1902, 74 ff.
5) Gradenwitz, a. a. O. 66 ff.

wie man will, eine sehr erhebliche Einschränkung müßte sie in der Praxis auf jeden Fall erfahren.[1]) Doch zurück zum Zwang. Hier wäre die Lehre von der mittelbaren Täterschaft wohl geeignet, eine Lücke auszufüllen, weit besser sicherlich als jene Lösung: physischen und psychischen Zwang miteinander gleichzustellen, wie es das spanische[2]) und portugiesische[3]) Recht tut und wie es de lege ferenda auch für das deutsche Recht empfohlen wird.[4]) Wenn z. B. jemand gezwungen schriftlich einen Kaufantrag annimmt, so ist diese Annahme nichtig, im Rechtsleben kann sie keine Wirkung ausüben. Wie die Annahme zustande gekommen ist, braucht darum von dem Vergewaltigten nach Aufhören der Zwangslage dem Anbietenden nicht mitgeteilt zu werden. Hatte dieser von der Vergewaltigung keine Kenntnis, so wird er im Vertrauen auf die Annahmeerklärung sein weiteres Verhalten eingerichtet und andere Gelegenheit zum vorteilhaften Abschluß vorübergehen gelassen haben. Erst wenn er seiner Lieferungspflicht nachkommt, die Ware dem Käufer abliefern will, erfährt er von diesem den Tatbestand. Seine Pläne werden dadurch zunichte oder zumindest bedroht. Er hat mit Verlusten zu rechnen. Treten diese ein, so gewährt ihm allerdings das Gesetz das Recht, von den Vergewaltiger seinen Schaden ersetzt zu verlangen (§ 826). Es ist aber immer ein Mißliches, Schadenersatzklagen anzustellen, da bei ihnen der Kläger verhältnismäßig ungünstig gestellt ist. Wäre es da nicht weit richtiger, dem Verkäufer in einem solchen Falle die Wahl zu lassen, von dem Vergewaltiger Schadenersatz oder Erfüllung zu fordern, wenn aber noch kein Schaden entstanden ist, Erfüllung allein? Wie im Strafrecht kann der Vergewaltigte als Werkzeug angesehen werden, der Vergewaltiger als Vertragsgegner. Hiergegen könnte man nun

1) Vgl. Neubecker 236.
2) Art. 1265.
3) Art. 665.
4) Neubecker 285.

einwenden, daß es nicht im Interesse des Anbietenden liegen wird, mit einem Dritten den Vertrag zu schließen, daß das Angebot ein höchst persönliches Recht sei und daß vielleicht der Vergewaltiger seinen Pflichten aus dem Vertrag nicht nachkommen könne. Zunächst scheint es mir keineswegs zwingend zu sein, daß der Vergewaltiger Erfüllung des Vertrages verlangen kann. Denn gegen Treu und Glauben würde es verstoßen, sich auf eine gegen ein gesetzliches Verbot oder doch zumindest gegen die guten Sitten verstoßende Handlung zu berufen, um Rechte geltend zu machen. Nur der Gegenpartei, die nichts von dem Zwange wußte, soll die obige Auslegung ein Recht gewähren, nicht eine Verpflichtung. Was aber die pekuniäre Seite anlangt, so läuft — abgesehen davon, daß bei gegenseitigen Verträgen die dem Schuldner obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigert werden kann (§ 320) — jeder Vertragschließende die gleiche Gefahr, wenn sein Vertragsgegner seine Vollmacht überschritten hat und nunmehr als Selbstkontrahent eintritt (§ 179). Meint man ferner etwa, daß es leichter ist, eine Schadenersatzsumme wie eine Geldsumme aus einem Vertrage einzuziehen?

Wie weit vollends die Anwendung der Lehre von der mittelbaren Täterschaft auf andere Rechtsgeschäfte, etwa auf die erzwungene Auslobung im Interesse aller derer, die vergeblich Anstrengungen zur Erringung der Belohnung gemacht hatten, wünschenswert ist, sei hier nicht des näheren untersucht, da dies den Rahmen dieser Abhandlung weit überschreiten würde; doch scheint es, als ob die Anwendung der mittelbaren Täterschaft auf das bürgerliche Recht erstrebenswert ist.

Der Inhalt der Willenserklärung.

Die WE. ist eine freigewollte Handlung. Ihr Inhalt ist aber nicht das Wollen, der Gegenstand nicht das Gewollte.[1]) Die WE. erstrebt etwas in der Außenwelt, eine

1) Bülow 126.

Veränderung oder eine Beibehaltung des gegenwärtigen Zustandes. Durch die WE. soll auf die Erreichung dieses Ziels hingewirkt werden. „Inhalt der WE. ist somit ein Sollen. Ihr Gegenstand ist etwas Gesolltes und zwar Rechtsgültigkeit dieser Sollenserklärung.“ [1]) Dieses Sollen ist nicht auf einen rechtlichen Erfolg gerichtet, sondern auf einen wirtschaftlichen. Wäre es anders, könnte die Mentalreservation keine WE. sein, da bei ihr kein auf die Rechtsfolgen gerichteter Wille vorhanden ist. [2]) Durch die WE. soll ein Erfolg herbeigeführt werden. Dieser Erfolg soll eintreten, nicht weil das Gesetz unmittelbar ihn bestimmt, sondern weil „vermöge der die Wirksamkeit des Parteiwillens in gewissen Grenzen anerkennenden Gesetzesmacht“ [3]) dieser Erfolg eintreten darf. Wenn das Gesetz den Erfolg einer Handlung unmittelbar bestimmt, spricht man von einem Rechtserfolg, wenn der freie Wille jemanden bestimmt, einen Erfolg, den das Gesetz gestattet, zu erstreben, von einem rechtsgeschäftlichen Erfolg. Auf einen Erfolg letzterer Art ist die WE., deren Inhalt ein Sollen ist, gerichtet. Nicht zur WE. gehört demnach eine Handlung, die nichts soll, die z. B. nur eine gesellschaftliche Form ist. Hierhin gehört der bekannte Fall: Jemand hebt bei einer Weinversteigerung in dem Rheinland die Hand hoch, um einem Bekannten zuzuwinken. Da aber in den Rheinlanden es Brauch ist, mit dem Handhochheben ein das Vorgebot um eine gewisse Summe übersteigendes Kaufangebot zu machen, erhält der Zuwinkende den Zuschlag.[4])

Die Willenserklärung im Bereich der Tatsachen.

Soweit eine Handlung etwas soll, ist sie WE. Hat sie hierüber hinausgehende Rechtsfolgen, so kommen ihr diese

1) Bülow, a. a. O., Henle 333, Schall 13.

2) Kohler, Iherings J. 18, 333, Windscheid, Arch. Ziv. Prax. 63, 75, Zitelmann, Iherings J. 18, 396.

3) RG. 58, 346.

4) Andere Erklärungen vgl. Enneccerus 1, 1 351, Örtmann AL. 2, 24, Jakobi 50, gegen diesen Knoke ZHR. 69, 580.

nicht wegen ihrer Eigenschaft als WE. zu. Daß dem bis heute noch nirgends Ausdruck gegeben ist, liegt wohl daran, daß man sich bisher über die Stellung der WE. im Bereich des Rechts zu wenig gekümmert hat. Allgemein gesteht man nur zu, daß die WE. zu den juristischen Tatsachen gehört, aber darüber hinaus ist man noch nicht allzuweit vorgedrungen, da eine genaue Betrachtung des Inhalts der WE. noch fehlt. Allerdings hätte der Nachweis, daß ein Rechtsgeschäft Rechtsgeschäft ist und doch zugleich den Tatbestand eines Deliktes bilden kann, zum Nachdenken Anlaß geben müssen.[1]) Dabei wäre eine Untersuchung über dieses Gebiet nicht ohne Interesse. Keineswegs beschränkt sich nämlich diese Eigentümlichkeit auf die WE., sie ist auch auf dem Gebiet der Rechtshandlung[2]) zu finden, wie auf dem Gebiet der juristischen und natürlichen Tatsachen.[3]) Anfänge dieser Lehre finden sich nur bei der stillschweigenden WE. Hier hat Henle[4]) entgegen der Hellmannschen Ansicht[5]) mit Recht darauf verwiesen, daß die stillschweigende WE. noch eine andere außer diesem Bereich liegende Bestimmung haben kann. Eine Handlung kann einerseits etwas sollen, andererseits rechtlich eine weitere Bedeutung haben, ohne etwas zu sollen. Ein Beispiel wird dies verdeutlichen: jemand hat ein Grundstück unter der Bedingung vermietet, daß der jetzige Mieter sein Mietverhältnis kündigt. Erfolgt diese Kündigung, so kann man sie von zwei Standpunkten betrachten, vom Standpunkt des jetzigen Mieters

und vom Standpunkt des neuen Mieters.

Die Hauptwirkung der Kündigung ist die Auflösung des bisherigen Vertrages. Hierauf war die Kündigung gerichtet. Dieses sollte sie bewirken. Sie war demnach WE.

---

1) u. a. Thon 368 ff., vgl. auch Jakobi 95.
2) Vgl. die Beiwohnung Klein 14 ff.
3) Örtmann AL. 2, 6.
4) WE. 19.
5) Iherings J. 42, 456.

Gleichzeitig aber hat die Erklärung als Bedingung eines anderen Vertrages diesen zur Wirksamkeit gebracht. Hierauf war sie, das muß entschieden betont werden, nicht gerichtet. Abgesehen davon, daß der jetzige Mieter nichts von dem neuen Vertrag zu wissen braucht, soll und kann seine Erklärung nicht als WE. die Wirksamkeit des neuen Vertrages herbeiführen, weil das Gesetz selbst vorschreibt, bei Bedingungseintritt wird die Wirkung (hier die Wirksamkeit des neuen Vertrages) ausgelöst, von einer Parteiabrede mithin nicht gesprochen werden darf. Insofern ist dieser Tatbestand nur juristische Tatsache, nicht WE.[1])

Die WE. ist also nur eine Erscheinungsform des juristischen Tatbestandes, nicht immer ein selbständiger, losgelöster Begriff, sie ist WE. nur in Bezug auf ein ganz bestimmtes Rechtsgeschäft, im übrigen juristische Tatsache, die weitere Rechtsfolgen von Gesetzeswegen hervorbringen kann.

Willenserklärung und Rechtshandlung.

Soweit die WE. von Gesetzes wegen Wirkungen hervorbringt, ist sie Rechtshandlung. Diese bildet den einen Teil des Verhaltens, das im Rechtsleben Rechtswirkungen hervorbringt, des sogenannten rechtmäßigen Verhaltens,[2]) den anderen Teil bildet nicht die WE., sondern das Rechtsgeschäft. Denn nur letzteres ist stets ein Tatbestand. Die WE. als solche ist nur ein Teil dieses Tatbestandes, sie bringt keine Wirkung im Rechtsleben aus sich hervor, strebt nur die Veränderung eines Rechtsverhältnisses an. Gerade dies ist der Rechtshandlung verwehrt.[3]) Sie ist lediglich mit Rücksicht auf einen äußeren Erfolg mit Rechtswirksamkeit bekleidet.[4]) Ihre Rechtswirkung tritt ohne Rücksicht auf den Willen des Subjekts ein. „Die Rechtshandlung ist vom Gesetz nicht als der Privatautono-

1) AA. Lotmar 54.
2) Eltzbacher 157.
3) Bekker, Pandekten 2, 144, AA. Schloßmann 137.
4) Eltzbacher 11, Manigk 663.

mie dienstbar hingestellt und behandelt,“[1]) so daß die Parteien anders wie beim Rechtsgeschäft eine Änderung ihrer Wirkungen nicht vereinbaren können.

Willenserklärung und Mitteilung.

Der Unterschied zwischen Rechtshandlung und WE. tritt nicht immer in voller Klarheit zu Tage. Die Rechtshandlung ist in mehrere Unterarten geteilt,[2]) von denen die eine mehr, die andere weniger der WE. oder vielmehr dem Rechtsgeschäft nahe kommt. Vor allem sind es die Mitteilungen, bei denen man noch heute nicht ganz zweifelsfrei festgestellt hat, ob sie zu der Rechtshandlung oder WE. zu zählen sind. Sie, die ihrerseits wieder in Vorstellungs- und Willensmitteilungen zerfallen, geben aber durch ihr Wesen das beste Erkennungszeichen des Begriffs, dem man sie unterzuordnen hat.

Die Vorstellungsmitteilung soll dem Empfänger klar machen, daß irgend etwas in der Außenwelt vorhanden oder nicht vorhanden ist.[3]) Sie ist nicht auf einen Erfolg gerichtet wie die WE.

Anders die Willensmitteilung. Hier wird gerade bezweckt, einen Willen kundzutun, einen Erfolg herbeizuführen. Wie die WE. will die Willensmitteilung etwas in der Außenwelt. Doch was ist ihr Inhalt? Die WE. erstrebt eine Veränderung oder ein Bestehenbleiben unmittelbar, die Außenwelt muß zu ihr Stellung nehmen. Denn auf sie wird durch die Willenserklärung eingewirkt. Die Willensmitteilung dagegen kündigt nur die Absicht künftiger Rechtsausübung, künftiger Rechtsverfolgung seitens des Mitteilenden an.[4]) Erst durch eine weitere Erklärung wird

---

1) Manigk 643.

2) Vgl. hierzu Biermann 116 ff., Eltzbacher 178 ff., Enneccerus 1, 1 331 ff., 521 ff., Manigk 652, Kipp 110 ff.

3) Manigk 709, Zitelmann 34.

4) Kipp 110 ff., Klein, Arch. ür. R.B 33, 248, 36, 316.

die Veränderung oder das Bestehenbleiben des Rechts, des Rechtsverhältnisses bewirkt. Die Willensmitteilung erreicht dies Ziel selbst nur mittelbar. Die Außenwelt wird durch die Mitteilung an und für sich nicht berührt. Nur die Gefahr besteht, daß sie in Zukunft betroffen wird. Wenn sie dies vermeiden will, muß sie zu der Willensmitteilung Stellung nehmen. Die Willensmitteilung übt somit einen psychischen Zwang auf den Mitteilungsempfänger aus, in bestimmtem Sinne zu handeln, damit der Mitteilende nicht selbst auf den rechtsgeschäftlichen Erfolg hinwirkt, was bei der WE. unmittelbar der Fall ist. Darum kann auch die WE. nicht entbehrt werden, wenn die Willensmitteilung nicht den gehofften Erfolg herbeiführt, vielmehr muß dann noch eine WE. hinzukommen, um den rechtsgeschäftlichen Erfolg unmittelbar zu erstreben. Soweit sich aber Wirkungen an die Willensmitteilungen selbst knüpfen, treten sie unabhängig von dem Inhalt der Aufforderung ein. So zeigt auch dies deutlich, daß es sich um Rechtshandlungen, nicht um WEWE. handelt.[1])

Willenserklärung und Geschäftswille.

Der Inhalt der WE. ist ein Sollen. Dieses Sollen läßt einen Schluß auf einen Willen zu, der die Ursache der Erklärung gewesen ist, genau wie umgekehrt der Wille selbst erst durch äußere Erscheinungen hervorgerufen ist. Dieser Wille ist auf ein bestimmtes Geschäft gerichtet. Man hat ihn darum den Geschäftswillen genannt. Er ist von dem Handlungs-, dem Erklärungswillen wohl zu unterscheiden.[2]) Es ist zweierlei, erklären wollen und das Erklärte wollen. Von vornherein kann man nicht sagen, weil der Erklärungswille zur WE. nötig ist, sei auch der Geschäftswille erforderlich. Man kann erklären wollen, aber doch nicht das Erklärte wollen. Nicht immer äußert man, was

1) Eltzbacher 191.
2) AA. Kohler, Iherings J. 16, 91 ff.

man im Innern will, ebenso wie man umgekehrt bisweilen äußert, was man im Innern nicht will.[1])

Ist zur WE. nötig, daß man das Erklärte wollen muß?

Diese Frage hat seit Savigny die Gemüter mehr oder minder beunruhigt, „da man jede Erklärung mit dem doppelten Zusatze machen kann: mit demjenigen, daß die Mitmenschen, die Vertreter der Rechtsordnung sich danach richten sollen, oder z. B. bei der Simulation mit demjenigen, daß dieser fernere Erfolg ausbleiben soll.“[2])

Je nachdem man die obige Frage beantwortet, wird man nur die erstere oder beide Arten als WEWE. zulassen. Daß die Frage verschieden beantwortet wurde, war nur allzu natürlich. Zwei große Gruppen bildeten sich, in ihnen wiederum gar viele Untergruppen, von denen wohl eine der interessantesten die ist, die WEWE. von Verträgen trennen will.[3]) Mit zwei Schlagwörtern: Willens- und Erklärungstheorie suchte man den Gegensatz zu verdeutlichen, wenngleich auch hier die Schlagwörter nicht ganz das Wesen der beiden Theorien zur Geltung bringen.[4]) Keineswegs sagt die Willenstheorie, daß nur der innere Wille gilt, vielmehr sagt sie: keine WE. ohne Geschäftswillen. Keine WE. liegt vor, wenn der Geschäftswille nicht mit dem Erklärten übereinstimmt. Der Geschäftswille ist die Richtschnur der WE. Die Erklärungstheorie sagt dagegen, daß es auf einen Geschäftswillen gar nicht ankommt, daß selbst gegen diesen eine WE. vorliegen kann, daß einzig und allein das Erklärte maßgebend sei. Zwischen beiden Theorien versuchte „die Vertrauenstheorie“ — deren Namen man auch für die Erklärungstheorie braucht — zu vermitteln, die da sagt, daß für Verkehrsgeschäfte die Er-

1) Wach, Arch. Ziv. Prax. 64, 241, AA. Zitelmann, Iherings J. 16, 365 ff.

2) Leonhard, Irrtum 2, 42.

3) Schloßmann V. 84, 94 ff.

4) Vgl. Hölder 07, 61, Henle 8, Note 1.

klärungstheorie, sonst die Willenstheorie gelten soll. Sie ist am leichtesten zu bekämpfen. „Es ist zu verwerfen, daß man für Verkehrsgeschäfte eine abweichende Behandlung hat eintreten lassen wollen. Dem Rechtsverkehr dienen alle rechtsgeschäftlichen Erklärungen. Versteht man unter Verkehrsgeschäften nur die die Befriedigung wirtschaftlicher Bedürfnisse vermittelnden, so ist ihr Umfang kein erheblich geringerer. Will man endlich nur die die entgeltlichen Geschäfte als Verkehrsgeschäfte ansehen, die zum Zwecke des Erwerbs oder gar gewerbsmäßig betrieben werden, so ist einmal der Kreis solcher Geschäfte ein überaus enger, und können sodann zweiseitige Geschäfte rücksichtlich des einen Beteiligten denselben angehören, rücksichtlich des anderen Beteiligten nicht. Ein so unsicherer Begriff von so relativer Verwendbarkeit ist nicht geeignet, in Rechtssätzen und Rechtsausführungen verwendet zu werden. Es ist nicht anzuerkennen, daß die Verkehrsgeschäfte, mag man darunter verstehen, was man will, als eine Spezies abweichenden Normen unterliegen.“ [1]) Es bleibt somit bei den alten beiden Theorien.

Welche von ihnen nun ist die richtige?

Die überaus große Tragweite, die die Beantwortung dieser Frage für das Rechts- und Wirtschaftsleben hat, läßt es ratsam erscheinen, eingehend das Gesetzbuch zu berücksichtigen und zu prüfen, was für diese Frage irgendwie von Wichtigkeit sein könnte. Dagegen dürfte es sich nicht empfehlen, von den Quellen des römischen Rechts auszugehen. [2]) Die Behandlung der Willensmängel ist nämlich im heutigen Recht teilweise eine andere als im römischen, außerdem würden sich bei einer anderen Behandlung des Stoffes sprachliche Schwierigkeiten einstellen, so ist es z. B. keineswegs ausgemacht, daß consensus dem deutschen Wollen entspricht, vielmehr ist es sehr wahrscheinlich, daß

---

1) Monich 10, AA. Danz. DJZ. 06, 1282.
2) AA. Enneccerus 1, 1, 408, 3.

es nichts anderes als die Übereinstimmung der Willensäußerungen mehrerer bezeichnet.[1])

Bevor die Gesetzesstellen selbst des näheren durchgesprochen werden, sei nur noch darauf hingewiesen, daß man sich davor hüten muß, den Geschäftswillen, den man auch den inneren genannt hat, allzu hoch anzuschlagen. Mit Unrecht wird dieser Wille der innere genannt. Der Parteien innerer Wille geht meist auf einen wirtschaftlichen, nicht auf einen rechtlichen Erfolg. Beim Kaufabschluß denkt man meist nicht an die Verschaffung des Eigentums, sondern vielmehr an die Benutzung des Gegenstandes. Wie sich diese juristisch darstellt, ob als Darlehn, als Kauf oder als Leihe oder Miete ist dem inneren Willen höchst gleichgültig, nicht einmal um die grundsätzliche Eigenart des Rechtsgeschäftes kümmert er sich.[2]) Bisweilen kann ein Zweck, der sich juristisch als nebensächlich darstellt, Grund und Anlaß des Rechtsgeschäftes sein.[3]) Die juristische Konstruktion muß demnach gleichgültig bleiben.[4]) Oder ist es die Mehrzahl unseres Volkes, die weiß, daß aus den meisten „Leihbüchereien" die Bücher gemietet und nicht geliehen werden? Ja, ist nicht der korrekte Sprachgebrauch: Mietbücherei eine direkte Vergewaltigung der deutschen Sprache?[5]) Im gewöhnlichen Leben verbinden die Parteien mit ihren Handlungsgeschäften keine juristischen Begriffe oder Schlußfolgerungen. „Viel eher darf man behaupten, daß, wenn die Parteien sich juristisch am genauesten ausdrücken, sie die Vorschriften zu umgehen gedenken."[6]) Daß der Erklärende die Vorstellung erwecken will sich auf rechtlichem Boden zu binden,

1) Vgl. z. B. Heumann-Seckel Handlexicon zu den Quellen des Römischen Rechts 9. A. consensus.

2) AA. Oertmann Vorb. § 116, 3c.

3) Vgl. Schloßmann, Grünhuts Z. 7, 570.

4) Jakobi 19.

5) Vgl. Bornhak, Mgdb. Z. 20. XI. 12, Lenel, Iherings J. 19, 206 ff., 218 ff., 238.

6) Stintzing 2, 1.

gibt noch keinen Beweis für die Behauptung, daß man sich nicht die wirtschaftlichen, sondern die rechtlichen Folgen vorgestellt haben müsse.[1]) Dieser rechtliche Boden bedeutet nämlich keinen Gegensatz zu dem wirtschaftlichen, sondern zu dem, der, wie der gesellige Verkehr, keine Rechtswirkungen hervorbringen soll.[2])

Aus den Paragraphen, die von den Willensmängeln reden, kann, wie sich aus dem Folgenden ergibt, die Frage, ob ein Geschäftswille vorhanden sein muß oder nicht, beantwortet werden. Aus ihnen tritt die Grundauffassung des Gesetzbuches zu Tage.[3])

Schon die Entstehungsgeschichte dieser Paragraphen ist lehrreich. Der erste Entwurf stand vollkommen auf dem Boden der Willenstheorie,[4]) jener Theorie, die verlangt, daß der Geschäftswille das Maßgebliche für die WE. sein soll. Diese Ansicht hat sich nicht ins Gesetzbuch hinübergerettet, wie eine Durchsicht der einzelnen Paragraphen ergeben wird:

§ 116. Eine WE. ist nicht deshalb nichtig, weil sich der Erklärende insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen.

Hier ist mit knappen Worten gesagt, daß das Erklärte dem wirklich Gewollten, dem Geschäftswillen, vorangeht. Der Wille, auf den man nach der Erklärung schließen könnte, geht dem wirklich vorhandenen vor. Man könnte nun sagen, diese Regelung sei nicht deshalb erfolgt, um dem Erklärten vor dem Gewollten Geltung zu verschaffen, sondern um den Erklärenden für sein heimtückisches Vorgehen zu bestrafen, daß gewissermaßen zur Strafe das Erklärte gelten soll.[5]) Früher war diese Erklärung die üb-

1) So Jakobi 17, RG. 68, 324 ff., vgl. auch Enneccerus 1, 1, 348, Note 3 und das unten bei dem Inhalt der WE. Gesagte (S. 59 ff.).

2) Vgl. Brodmann, ZHR. 70, 401.

3) Binder, Arch. R. Philos. 5, 266, Rebitzki 22 ff., AA. Fritze 94, IV, Leonhard 465.

4) Mot. 1, 189, 1. E. §§ 95/99.

5) Vgl. Oertmann, Vorb. § 116, 3b δ, dagegen richtig Jakobi 11.

liche,[1]) heute ist man von ihr abgekommen. Vor allem Kohlers Folgerung:[2]) wenn der Wille in diesen Fällen meist aus ethischen Gründen unerheblich ist, muß er doch andererseits erheblich sein, wenn eine Erklärung erfolgt, bei der der Erklärende sich aus ethischen Gründen insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen, wies auf das Bedenkliche dieser Erklärung hin. Nachgerade waren auch die Fälle, in denen man die Ethik verwertete, zu viel geworden. Treu und Glauben hatte sich über das gesamte Rechtsgebiet ausgedehnt, die jeweilige Moral war zur Richtschnur jeder einzelnen Bestimmung geworden. Wenn man in einem Einzelfalle sie besonders hervorhebt, um einer Verallgemeinerung vorzubeugen,[3]) so erscheint dies heute willkürlich. Auf diese Art und Weise könnte man nie einen Einblick in das System des Rechts, wie es im Gesetzbuch enthalten ist, bekommen, sondern man besäße nur einzelne Bestimmungen, die ohne jeden logischen Zusammenhang wären. Auch praktische Gründe wie das Verkehrsinteresse, das nach den Motiven[4]) maßgebend für § 116 gewesen ist, geben einheitlich betrachtet ein bestimmtes System.[5])

Die Regelung des Irrtums im Gesetz wird von den Anhängern der Willenstheorie mit Vorliebe für sie in Anspruch genommen. Doch was besagt § 119?

Wer bei der Abgabe einer WE. über deren Inhalt im Irrtume war, oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, kann die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, daß er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde.

---

1) Savigny 3, 258, Schliemann 114 ff., Windscheid, Iherings J. 19 105, Zitelmann, Iherings J. 16, 401 ff.

2) Iherings J. 16, 97.

3) Vgl. Binder, Arch. R. Philos. 5, 281.

4) 1, 191.

5) Vgl. Jakobi 1, 2, 7, Schloßmann V. 87.

Danach soll der Geschäftswille nicht an und für sich gelten, sondern nur dann, wenn eine neue Handlung, die Anfechtung hinzutritt. Wenn nicht angefochten wird, bleibt das Erklärte bestehen. Es gilt der Schluß, den die Außenwelt auf einen Geschäftswillen ziehen könnte, vor dem wirklichen Geschäftswillen. Wäre der Geschäftswille das Maßgebende, so müßte doch gar keine WE. vorliegen, da ein anderer oder gar kein Geschäftswille vorhanden war.[1]) Was bedarf es da noch einer Anfechtung? Wenn man vollends die Erfordernisse betrachtet, die das Gesetz zur Anfechtung verlangt, so kann man wohl mit Recht behaupten, daß in erster Linie das Erklärte gelten soll, daß der Geschäftswille dagegen nur im Ausnahmefall maßgebend sein soll:

unverzüglich, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt hat, muß die Anfechtung erfolgen (§ 121 II),

aber selbst wenn dies geschehen, greift nicht immer die Anfechtung durch, sondern nur dann, „wenn anzunehmen ist, daß der Erklärende die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde“ (§ 119 I).

Man hat die Anfechtbarkeit der irrtümlichen Erklärung allgemein damit begründet, daß Geschäftswille und Erklärung sich nicht decken. Ob diese Begründung richtig ist, erscheint indes fraglich.[2]) Wenn der Erklärende sich „über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden,“ irrt, kann er die Erklärung ebenfalls unter gleichen Voraussetzungen anfechten (§ 119 II). In diesem Fall wird erklärt, was der Erklärende gewollt hat. Geschäftswille und Erklärung decken sich. Die Anfechtbarkeit dieser Erklärung kann somit nicht auf einer Verschiedenheit von Geschäftswille und Erklärung beruhen. Sie muß einen Grund haben, der mit

1) Danz., Iherings J. 38, 418, JW. 12, 5.
2) Vgl. bereits Röver 7 ff.

der Frage des Geschäftswillens nichts zu tun hat. Weshalb aber bei einem Teil der Irrtumsfälle die Anfechtbarkeit einen andern Grund haben soll wie bei einem weiteren Teil, ist nicht recht verständlich, da es eine einheitliche Begründung hierfür gibt: In beiden Fällen ist die Anfechtbarkeit aus Billigkeitsgründen gestattet, sie ermöglicht eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Demnach dürfte wohl die Behauptung nicht zu gewagt sein, daß die Verschiedenheit von Geschäftswille und Erklärung bei der WE., über deren Inhalt man im unklaren war, die Regelung des Irrtums nicht veranlaßt hat. Aber selbst, wenn man mit der herrschenden Lehre dies annimmt, so bleibt doch die gleiche Regelung im § 120 für die Willenstheorie nicht benutzbar, er spricht sogar gegen sie.

§ 120 läßt unter gleichen Voraussetzungen, wie sie für die WE. vorgeschrieben sind, die Anfechtung „einer WE. zu, welche durch die zur Übermittelung verwendete Person oder Anstalt unrichtig übermittelt worden ist". Auch hier gilt das Erklärte vor dem Geschäftswillen, der Schluß auf den Geschäftswillen geht ihm voran. Ein Geschäftswille selbst ist bei unrichtig übermittelter Erklärung garnicht vorhanden. Denn wenn der Übermittelnde einen Geschäftswillen hat, ist er nicht mehr Werkzeug, Bote, sondern Träger einer eigenen im fremden Namen abgegebenen WE., deren Gültigkeit nach § 177 zu beurteilen ist. Am deutlichsten erhellt dies der Telegraph: einem solchen Werkzeug kann man keinen Geschäftswillen zutrauen. Entstellt ein Telegramm eine WE., so enthält das Erklärte gar keinen Geschäftswillen. Und trotzdem gilt fürs erste das in dem Telegramm Enthaltene, bis es angefochten wird.

In solchen Fällen ist kein Geschäftswille nötig. Dies zeigt auch § 130:[1])

---

1) Vgl. schon Röver 5, 3, Jhering, Iherings J. 4, 73, Eberhard DJZ. 09, 1071.

Eine WE., die einem andern gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkte wirksam, in welchem sie ihm zugeht.

Mit diesem Satz stellt sich das Gesetz für die empfangsbedürftige WE. auf den Boden der Zugangstheorie. Daß in diesem Augenblick des Zuganges der Geschäftswille des Erklärenden ein anderer, als zur Zeit der Abgabe der WE. sein kann, ja, daß er garnicht mehr vorhanden zu sein braucht — so z. B., „wenn der Erklärende nach der Abgabe stirbt oder geschäftsunfähig wird" —, wird niemand leugnen können. Trotzdem bleibt auch in diesen Fällen die WE. wirksam (§ 130, II).

Ebenso bleibt eine Vollmacht, die „durch Erklärung gegenüber einem Dritten erteilt ist, diesem gegenüber so lange in Kraft, bis ihm das Erlöschen von dem Vollmachtgeber angezeigt wird", auch wenn die Vollmacht selbst schon längst widerrufen ist (§ 170).[1])

Aus alledem geht zur Genüge hervor, daß bei der WE. kein Geschäftswille erforderlich ist.[2])

Willenserklärung und Erklärung.

Man könnte nun einwerfen, daß vielleicht dann der Ausdruck WE. falsch ist, daß der Ausdruck Erklärung am Platze ist, da kein Geschäftswille nötig ist, daß nur in § 122 der zutreffende Ausdruck gewählt ist, in dem einfach von Erklärung gesprochen wird.[3]) Jedoch ein solcher Einwurf ist unberechtigt. In all den bisher betrachteten Fällen hatte die Erklärung ein besonderes Kennzeichen: sie ließ einen Schluß auf einen Geschäftswillen zu. Dies ist ein notwendiges Erfordernis der WE. Ohne dies liegt keine wirksame WE. vor. Dieser Schluß auf einen Geschäftswillen kann nicht nur, sondern muß vorhanden sein. Weiß

1) Vgl. Danz. DJZ. 06, 128.

2) Z. B. Bähr, Iherings J. 14, 405, Düringer-Hachenburg 2, 11, Note 10, Enneccerus 1, 1, 350, Note 11.

3) Vgl. hierzu Lippmann, Arch. Ziv. Prax. 102, 321.

die Außenwelt, die bei der empfangsbedürftigen WE. durch den Anerklärten, den Erklärungsempfänger, verkörpert wird, daß ein Geschäftswille bei der Erklärung nicht vorhanden ist, so liegt keine wirksame WE. vor.[1]) Dies und nichts anderes sagen die folgenden §§, mit denen man bisweilen die Willenstheorie zu stützen versucht hat:[2])

§ 116, 2. Die Erklärung ist nichtig, wenn sie einem anderen gegenüber abzugeben ist und dieser den Vorbehalt kennt.

§ 117, I. Wird eine WE., die einem anderen gegenüber abzugeben ist, mit dessen Einverständnisse nur zum Schein abgegeben, so ist sie nichtig.

Daß es hier heißt: die WE. ist nichtig und nicht: keiner kann sich auf die WE. berufen, hat seinen Grund einzig und allein[3]) darin, daß kein Zweifel darüber obwalten soll, daß auch Dritte sich auf die WE. nicht berufen können, wie es bei der anderen erwähnten Fassung leicht möglich gewesen wäre und wie es im früheren Recht auch der Fall war.[4])

Neben der WE., die stets einen Schluß auf einen Geschäftswillen zulassen muß, gibt es aber auch Erklärungen, bei denen dieser Schluß gleichgültig ist, da das Gesetz selbst Wirkungen an die Erklärungen knüpft. Gemeint sind hiermit die Erklärungen, die auf den Verkehr berechnet sind. „Hier löst sich die Erklärung nicht nur von dem inneren wirklichen Willen des konkreten Menschen, sondern sogar von dem äußeren Milieu, den begleitenden Umständen, welche eine Interpretation der Erklärung und eine größere Annäherung an den vermutlichen Willen gestatten, ab.“[5]) So ist es bei den Inhaberpapieren, dem

---

1) Seuff. Arch. 29, 331, Bähr, Iherings J. 14, 407, Jhering, Iherings J. 4, 82, Saleilles 11, 2, Schliemann 116.

2) Z. B. Gottschalck 16, § 33, richtig Jakobi 37.

3) AA. Oertmann, Vorb. § 116, 3b α.

4) Vgl. hierzu Schmidt 37 ff., 68 ff.

5) Neubecker 204, vgl. bereits Thon. 364.

Hypothekenbriefe. Nach der obigen Begriffsbestimmung kann man sie nicht der WE. hinzuzählen. Es handelt sich hier lediglich um Erklärungen, nicht um WEWE. Es kann nicht Aufgabe dieser Zeilen sein, diesem Ergebnis weiter nachzugehen. Voraussichtlich wird das praktische Endziel genauerer Untersuchungen sein, Hypothekenbrief, Wechsel u. ä. als Erklärung aufzufassen, die gleichberechtigt der WE. und dem Willensgeschäft zur Seite steht.[1])

Eine Vereinigung beider Fälle versuchte neuerdings Jakobi[2]) indem er folgende Behauptung aufstellte: „Bei der WE. muß das Gesamtverhalten des Erklärenden bestimmt sein oder bestimmt zu sein scheinen, im Anerklärten jene Vorstellung zu erwecken, daß der Handelnde die Absicht habe, eine Rechtsänderung eintreten lassen zu wollen. Sie ist wirksam, wenn sie die Vorstellung erweckt hat, die sie erwecken sollte, oder wenn sie eine andere Vorstellung erweckt hat und diese nach dem dem Anerklärten gegenüber zugänglich gemachten Sachverhalt zu erwecken geeignet war.“[3]) Einer solchen Vereinigung ist indes nicht zuzustimmen. Denn der Rechtsschein beruht bei den Verkehrserklärungen auf dem Gesetz, während die WE. auf der „die Wirksamkeit des Parteiwillens in gewissen Grenzen anerkennenden Gesetzesmacht“ beruht.[4])

Der Inhalt der Willenserklärung.

Es ist oben gezeigt worden, daß der Inhalt der WE. ein Sollen ist. Die herrschende Lehre hat dies anders ausgedrückt. Um den Anschein zu erwecken, als ob im Inhalt der WE. ein Geschäftswille enthalten sei, hat sie behauptet: nicht den Geschäftswillen selbst muß man haben, wohl aber das Bewußtsein, daß aus der Erklärung auf einen Geschäftswillen oder, wie andere wollen, auf einen Rechtserfolg ge-

1) Vgl. bereits Lenel, Iherings J. 19, 162, 201.
2) § 4.
3) Jakobi 41.
4) RG. 58, 346.

schlossen werden kann.[1]) „Der Erklärende muß die Absicht haben, eine seiner Erklärung adäquate Vorstellung über den Inhalt seines Begehrens in seinem Gegenüber zu erwecken.[2]) Zur WE. gehört die Vorstellungserweckung, daß der Erklärende sich im Wege Rechtens binden wolle.“[3]) Diese Anschauung kann sich mit einer gewissen Berechtigung auf § 118 stützen:

Eine nicht ernstlich gemeinte WE., die in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, ist nichtig.

Doch kann man diesen Paragraph ebenso gut für die Anschauung verwenden, daß der Inhalt der WE. ein Sollen im Rechtsleben sein muß. Für letztere Ansicht spricht vor allem ein von Enneccerus[4]) gebrauchtes Beispiel: Jemand gibt einem Schwerkranken eine WE. ab, um ihn vor Aufregungen zu schützen. In diesem Fall hat der Erklärende das Bewußtsein, daß aus seiner Erklärung auf einen Geschäftswillen geschlossen werden kann. Nach der herrschenden Ansicht müßte also die Erklärung wirksam sein. Sie bedarf, um dieses unerfreuliche Ergebnis hintan zu halten, einer ziemlich gewagten Anwendung der §§ 677 ff.,[5]) während die andere Auffassung ohne weiteres zu dem Ergebnis kommt, daß keine WE. vorliegt, weil die Erklärung nichts im Rechtsleben soll, sondern nur aus gesellschaftlichen, Anstandsrücksichten abgegeben wurde. Ein Kampf dieser Anschauungen untereinander erscheint m. E. im Grunde genommen, nur ein Streit mit Worten, da in den meisten Fällen das praktische Ergebnis das Gleiche sein wird. Denn auch die Ansicht, die Bewußtsein der Erklärung verlangt, gibt zu, daß hernach nicht der Geschäftswille des Erklärenden, noch sein Bewußtsein über den Erklärungswert bei

1) Enneccerus 1, 1, 350, 3; Jakobi 5 ff.
2) Zitelmann, Iherings J. 16, 369.
3) Jakobi 22.
4) Rgeschäft 95.
5) Vgl. Jakobi 15.

der Ausübung der WE. das Maßgebende ist. Ebensowenig ist aber auch maßgeblich der Schluß, den die durch die Erklärung unmittelbar betroffene Außenwelt aus der Erklärung zieht. Diesen Schluß dem Geschäftswillen des Erklärenden voranstellen, hieße parteiisch sein. Ebenso wie der Erklärende sich im Unklaren über seine Erklärung befinden kann, ebenso kann auch die Außenwelt, die durch die Erklärung betroffen wird, (die parteiische Außenwelt) voreingenommen an die Erklärung herangehen, diese falsch auffassen. Irrtümer sind auch auf dieser Seite möglich. Wenn man also prüft, ob eine WE. vorliegt, muß man, wie bei deren Auslegung, den Standpunkt der unparteiischen Außenwelt, des Richters, nicht einseitig den Standpunkt des Erklärenden oder der parteiischen Außenwelt einnehmen. „Würde sich der Richter, um den Geschäftswillen zu ergründen, in die Seele der Parteien versetzen, es käme zu dem Ergebnis, daß der Richter ein und demselben Tun verschiedene Bedeutung zuschreiben müßte, je nachdem er sich in die Seele der einen oder der anderen Partei versetzt.[1]) Es kommt bei der WE. darauf an, was sie objektiv betrachtet für jemanden besagt, der die die Erklärung begleitenden Umstände genau kennt und berücksichtigt, jedoch von allen Irrtümern des Erklärenden sowohl, als des Empfängers der Erklärung ohne Ausnahme vollständig absieht“[2]) Daß dem so ist, liegt an dem Wesen des Rechts, „das sich niemals in die Hörigkeit der Parteien begibt, um gerade den Rechtseffekt hervorzubringen, den die Parteien wollen, um als gehorsamer Famulus auf Wunsch zu dienen; vielmehr läßt das Recht sich stets die Diskretion, ob es seine Intervention in der einen oder der anderen Weise für geeignet hält, ob nicht die eine oder andere Wirkung den Interessen der Rechtsordnung besser entspricht.“[3])

---

1) Danz. JW. 12, 7; Hartmann, Iherings J. 20, 77; vgl. dazu Brodmann, ZHR. 70, 399.

2) Röver 62; herrschende Ansicht, abw. nur Savigny 3, 259.

3) Kohler, Iherings J. 18, 159.

Nicht genügt, daß objektiv betrachtet das Vorliegen einer WE. vermutet werden kann, vielmehr muß der Schluß auf den Geschäftswillen mit absoluter Bestimmtheit gezogen werden können.[1] Wenn das Verhalten sowohl nach der einen, wie nach der anderen Richtung ausgelegt werden kann, liegt keine WE. vor,[2] auch dann nicht, wenn für eine der Erklärungen eine größere Wahrscheinlichkeit besteht.[3] Wie weit sich diese objektive Prüfung unter Berücksichtigung aller Umstände auf Seiten des Erklärenden wie der parteiischen Außenwelt erstreckt, lehrt § 122 II, den man mit Rebitzki[4] auslegen kann: eine WE. liegt nicht vor, wenn der Gegner die Fehlerhaftigkeit der Erklärung kannte oder kennen mußte.

Damit dieser sichere Schluß, ob eine WE. vorliegt, gezogen werden kann, darf man nicht eine einzelne Handlung des Erklärenden aus dem Zusammenhang herausreißen, sondern muß das gesamte für den Schluß auf den Willen in Betracht kommende Verhalten berücksichtigen.[5] Hierbei wird ein wichtiger Behelf das Verfahren sein, das die Parteien alsbald nach Abgabe der Erklärung unter dem frischen Eindruck derselben einhalten.[6] Die Umstände des Einzelfalles mit all seinen Feinheiten geben die Antwort auf die Frage, ob und was für eine WE. vorliegt, nicht das Verkehrsübliche;[7] dagegen genügt bei der Feststellung der Annahme der WE. die besondere Lage des Falles nicht,

---

1) JW. 11, 213.

2) Danz. Festgabe 195; Enneccerus 1, 1, 387, 2a, 388 Note 4, Hartmann, Arch. Ziv. Prax. 72, 230; Jakobi 80 ff., Planck 206c, Rebitzki 27; VI. RG. 29. 10. 98, 202/98.

3) AA. Röver 37.

4) 33.

5) RG. 67, 433; Isay 13; Röver 61.

6) Vgl. RG. 12, 553.

7) Hartmann, Arch. Ziv. Prax. 72, 221; Manigk 148, Planck § 152, 4; Savigny 3, 245c; Zitelmann, Irrtum 262; Brodmann, ZHR. 70, 401; Enneccerus 1, 1, 350, Note 10; aA. Danz. 1911, 14, Iherings J 58, 471; Seuff Bl. 72, 325; Staudinger, Vorbem. § 116 C 3.

hier muß sich bereits eine Verkehrssitte gebildet haben, aus der man auf die Annahme schließen kann.[1]) Diese braucht bei der Prüfung des Vorliegens einer WE. nicht nachgewiesen zu werden. Denn das Gesetz hat schon eine hinreichende Sicherheitsmaßregel getroffen, indem es den geringsten Zweifel an der Notwendigkeit des Schlusses auf eine WE. befähigte, eine WE. nichtig zu machen, so daß eine besondere Rücksichtnahme auf Treu und Glauben nicht notwendig ist:[2])

§ 118. Eine nicht ernstlich gemeinte WE., die in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, ist nichtig.

In diesen Fällen ist ein Geschäftswille erklärt, aber die ihn begleitenden Umstände haben gezeigt, daß diese Erklärung keine rechtsgeschäftliche sein soll, wenngleich dem durch die Erklärung Betroffenen dies keineswegs erkennbar gewesen zu sein braucht.

Willenserklärung und Willensäußerung.

Wenn die WE. nur eine Handlung oder richtiger ein Verhalten, das einen Schluß auf einen Willen zuläßt, ist, hätte man es nicht nötig gehabt, den Ausdruck WE. als technisch zu wählen, der Ausdruck: Willensäußerung wäre am Platze gewesen. Die WE. muß ein Verhalten besonderer Art sein, wenn der Ausdruck voll und ganz berechtigt sein soll. „Mit einer neueren Lehre[3]) — die allerdings den Motiven und den zu jener Zeit entstandenen Schriften[4]) noch fremd war — ist das Gebiet der WE. auf die Fälle zu beschränken, bei denen das Parteiverhalten irgendwie den Zweck verfolgt, den auf die Erzielung der Rechtswirkung gerichteten Willen der Außenwelt oder doch einem bestimmten anderen

1) § 151; Seuff. Arch. 65, 134; aA. Hölder § 151, 1.

2) Gegen letzteres Hölder 1905, 115; vgl. aber auch 1911, 10 ff.; dagegen ferner Danz. Iherings J. 38, 420.

3) Manigk 205, 418; 1901, bes. 191.

4) Mot. 1, 126; Dernburg 1 § 106 II; Wlassak. Oest. Ger. Z. 53, 72.

kundzugeben.“ [1]) Das Verhalten muß eine Kundgebung bezwecken, ein Erklären.[2]) Ohne Erklärungszweck keine WE. Diesen Kundgebungszweck verfolgt aber jede Handlung, durch die auf fremde Rechtssphäre eingewirkt werden soll, wenn ein anderer unmittelbar durch die Erklärung in Mitleidenschaft gezogen wird.[3]) Wenn dies nicht nötig ist, liegt nur eine Willensäußerung vor,[4]) nach Jakobi[5]) eine unverläßliche WE. Bei dieser ist es gleichgültig, ob und welche Schlüsse Dritte aus dem Tun ziehen. Die auf solchen Willensäußerungen beruhenden Rechtsgeschäfte nennt man Willensgeschäfte im Gegensatz zu dem auf einer WE. beruhenden Erklärungsgeschäft. Der Unterschied zwischen beiden besteht also lediglich darin, daß es sich in dem einen Fall um ein Verhalten mit Kundgebungszweck handelt, im andern Falle um ein Verhalten ohne dieses. Es ist natürlich, daß diese Grenze verschoben werden kann. Wird die Willensäußerung mit Kundgebungsabsicht geäußert, so kommt sie hierdurch auf die höhere Stufe der WE., umgekehrt kann aber nicht die WE. ohne Kundgebungsabsicht geäußert werden.[6])

Willenserklärung und Richterspruch.

Außer Willensäußerung, Erklärung und WE. gibt es noch einen weiteren Tatbestand, der Rechtsgeschäfte zum Abschluß bringen kann: den Richterspruch (ZPO. § 894 I 1). Aber bei ihm ist von den Erfordernissen der WE. nicht viel zu verspüren:[7])

Der Richterspruch ist keine frei gewollte Handlung, sondern er muß ergehen, „wenn der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif ist“ (ZPO. § 300 I).

1) Oertmann, AL. 2, 23c; zustimmend Hellmann, Krit. Viert. 48. 226; Leonhard, Irrtum 1, 60; Bekker, Pandekten 2, § 99, Beil. 1.
2) Schloßmann 15; Wedemeyer 54.
3) Oertmann, Vorbem. § 104, 11d.
4) Manigk 517.
5) 74 ff.
6) Manigk 403 ff.; Jakobi 94.
7) AA. Thon 173.

Wie WE. und Willensäußerung ist er zwar auf einen rechtsgeschäftlichen Erfolg gerichtet, doch läßt er keinen Schluß auf einen Geschäftswillen zu, da die erklärende Behörde nicht persönlich beteiligt ist.[1])

Der Richterspruch gehört ferner mit einer neueren Theorie[2]) dem Justizrecht im Gegensatz zum Privatrecht an.

Wer kann eine Willenserklärung abgeben?

Einige Schriftsteller[3]) würden noch einen weiteren Unterschied zwischen Richterspruch und Privat-WE. hinzufügen. Nach ihnen kann eine Behörde überhaupt nicht erklären, da sie keine physische Person ist, juristische Personen aber nicht handeln, nicht erklären können. Indes, als das Gesetz die juristische Person als Rechtsgebilde, nicht als fingierte Person hinstellte, hat es ihr all die Fähigkeiten einer natürlichen Person verliehen, soweit diese nicht auf familienrechtlichen Beziehungen beruhen. Wie könnte sonst die juristische Person für ihre Organe haften (§ 31)? Und weshalb heißt es überhaupt, der Vorstand hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters und nicht, der Vorstand ist gesetzlicher Vertreter (§ 26 II)? Eine WE. kann eine natürliche wie eine juristische Person abgeben. Zwischen ihnen gibt es in diesem Punkte keinen Unterschied.[4]) Dies wird selbst von denen anerkannt, die die Richtigkeit der Unterscheidung zwischen Organ und Vertreter leugnen.[5])

Begriffsbestimmung der Willenserklärung.

Faßt man die bisher gefundenen Ergebnisse der WE. zusammen, so ergibt sich als juristischer Begriff der WE.:

---

1) Vgl. Monich 6e.

2) Vgl. Goldschmidt, materielles Justizrecht in Festgabe für Hubler 1905, 85 ff.; Enneccerus 1, 1, 352, 5.

3) Gottschalck 6, § 8; Monich 2a; Wolf, Vorbem. § 104, 1; Bekker 45.

4) Enneccerus 1, 1, 235, 2; VII. RG. 22. 6. 04 56/04.

5) v. Tuhr 461, 465 und die 461 Note 32 Genannten.

Die Willenserklärung ist ein ungezwungen der Außenwelt kundgetanes Verhalten einer natürlichen wie juristischen Person, das unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalles den Schluß auf einen Geschäftswillen gestattet, ohne Rücksicht darauf, ob dieser Schluß im Einzelfall zutrifft, soweit dessen Inhalt ein Sollen ist.

Einen maßgebenden Parteiwillen wird man in dieser Begriffsbestimmung vergebens suchen. Wollte man von ihm reden — und das hat das Gesetzbuch in § 133 getan —, so müßte man darunter den durch die Erklärung ausgedrückten Willen[1]) oder die Äußerung des bestimmten Willens, welche seitens der Rechtsordnung in dem ganzen Auftreten gefunden wird,[2]) verstehen. Dass in diesem Sinn das Gesetz den Ausdruck: Wille gebraucht, ergibt sich aus § 133 selbst:

Bei der Auslegung einer WE. ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften.

Hier ist von einem Gegensatz zwischen dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks und dem wirklichen Sinn die Rede. „§ 133 denkt an den Sinn oder den Inhalt, den die Worte für sich betrachtet ergeben, als einen solchen, von dem die Auslegung ausgeht, bei dem sie aber nicht stehenbleiben darf.“ [3])

Gibt es nur empfangsbedürftige Willenserklärungen?

Bisweilen hat man weitere Erfordernisse für die WE. aufgestellt, so soll sie nach der einen Ansicht empfangsbedürftig,[4]) nach der anderen stets ausdrücklich sein.[5])

1) Saleilles 33 ff.

2) Hartmann, Arch. Ziv. Prax. 72, 166; Neubecker 202.

3) Hölder 1911, 5, Note 2.

4) Hellmann, Iherings J. 42, 425, 435, 448; Vorträge 59 ff.; Binder 1, 88, Note 46.

5) Isay, Iherings J. 44, 48; Wendt, Arch. Ziv. Prax. 92, 239; vgl. auch Cosack 1, 155, I, 1a α.

Das Erfordernis der Empfangsbedürftigkeit ist zumindest noch im Sprachgebrauch des BGB. nicht erforderlich, vgl. z. B. §§ 117, 130: Eine WE., die einem andern gegenüber abzugeben ist, 116, 122: Wenn eine Erklärung einem andern gegenüber abzugeben ist, usw.

Diese Nebensätze wären überflüssig,[1]) gäbe es nur empfangsbedürftige WEWE. Vollends geht dies aus § 143 IV hervor: Bei einem einseitigen Rechtsgeschäft anderer Art ist Anfechtungsgegner jeder, der auf Grund des Rechtsgeschäfts unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt hat.

„Das BGB. kennt somit innerhalb der WE. in dieser Richtung keine wesentlichen Unterschiede, die die rechtliche Handlung bestimmten. Die Empfangsbedürftigkeit wie die Wahrnehmungsbedürftigkeit — so nennt Monich[2]) im Anschluß an die Entstehungsgeschichte des § 130[3]) eine weitere Gruppe — sind nur wesentliche Momente des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes mancher Erklärungen."[4]) Das Gleiche gilt auch für eine weitere Gruppe der WE., die nicht an bestimmte Personen oder Behörden gerichtet werden, für die „in die Allgemeinheit gerichtete" oder „richtungsbedürftige" WE.[5])

Ausdrückliche und stillschweigende Willenserklärung.

Daß die WE. nicht ausdrücklich zu sein braucht, hatte im Anschluß an die stets geübte Praxis und Gesetzgebung[6]) der erste Entwurf besonders hervorgehoben:

§ 72. Eine WE. kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen.

Dieser stets als gültig anerkannte Satz ging ob seiner Selbstverständlichkeit nicht in das Gesetzbuch über. Mit

1) Breit Sächs. Arch. 15, 165 ff.

2) Monich 9 d, 139, 10.

3) 1. E § 74; Mot. 1, 159; Prot. 1, 71.

4) Isay Iherings, J. 44, 50 ff.; Breit Sächs. Arch. 15, 168 ff.

5) Cosack 1, 156 d; Crome 1, 390; Eltzbacher 142; Leonhard 268; Manigk 342; Regelsberger 492 III.

6) Z. B. ALR. 1 IV, § 58 ff.

ihm ist aber keineswegs anerkannt, daß das Stillschweigen an und für sich an allen Orten als WE. aufzufassen ist.[1]) „Nur dann wird ein nicht aus Worten bestehendes Verhalten von der Allgemeinheit als WE. aufgefaßt werden, wenn aus den Umständen des Einzelfalles der Inhalt einer Erklärung entnommen werden kann.[2]) Allein diejenigen Akte kann man als stillschweigende WEWE. ansehen, die überhaupt noch WEWE. im Sinne des Gesetzes sind. Man kann nicht einen Begriff, dem ein Beiwort hinzugesetzt wird, seines ursprünglichen Inhalts berauben.“[3]) Die stillschweigende WE., zu der nur bisweilen das Stillschweigen gehört,[4]) muß demnach allen Erfordernissen der WE. genügen. Sie muß ein Verhalten sein, wenn auch dieses in einem Unterlassen bestehen kann, dann nämlich, wenn ein Handeln an und für sich erwartet wird.[5]) Dieses Verhalten muß auf die Außenwelt berechnet sein. Es muß einen Kundgebungszweck enthalten,[6]) wenn auch keinen auf einen Rechtserfolg gerichteten.[7]) Ein aus Versehen zerrissener Schuldschein bewirkt keinen Schulderlaß, wohl aber ein absichtlich zerrissener Schuldschein, wenn daraus die Außenwelt mit Bestimmtheit auf einen Schulderlaß schließen kann. Daß an die stillschweigende WE. keine weiteren Ansprüche zu stellen sind, haben selbst drei der angesehensten Vertreter der Willenstheorie[8]) anerkannt. Sie selbst haben davon abgesehen, bei der stillschweigenden WE. einen Ge-

1) ALR. 1 IV. § 61; Danz 1911, 86; Manigk 138; Monich 80, 2.

2) Planck § 151, 4.

3) Manigk-215-20; Fritze Arch. Bürg. R. 14, 196 ff.; Schall 14; aA. ROHG. 7, 287/8; Bekker Krit. Viert. 3, 198; Mot. 1, 159. Der gleiche Grund spricht auch gegen Jakobi § 13, Unverläßliche Willenserklärungen.

4) Schliemann 110; aA. Savigny 3, 249.

5) OLG. 17, 385.

6) AA. Biermann 131.

7) AA. Eltzbacher 139; Regelsberger 509 IV.

8) Savigny 3, 245; Wendt Arch. Ziv. Prax. 92, 244 ff.; Windscheids ges. Reden 239; aA. freilich Zitelmann 95 und ein Anhänger der Erklärungstheorie: Bekker Krit. Viert. 3, 198.

schäftswillen zu verlangen. „Selbst wenn der Betreffende eine solche WE. tatsächlich nicht gewollt hat, kann er sich auf die Abweichung seines Willens nicht berufen.“[1]) Durch dieses Eingeständnis gibt die Willenstheorie ihren Gegnern die beste Waffe selbst in die Hand. Was nicht Erfordernis eines Teiles des Begriffes (der stillschweigenden WE.) ist, kann nun und nimmermehr Erfordernis des anderen Teils (der ausdrücklichen WE.) sein. Alle Erfordernisse eines Begriffs müssen in seinen beiden Teilen vorhanden sein. So ist die stillschweigende WE. der beste Prüfstein für die Beantwortung der Frage, ob ein Geschäftswille bei der WE. vorhanden sein muß oder nicht.[2]) An ihm geht die Willenstheorie zu Grunde. Ein Kampf gegen Windmühlen ist nach diesem jedes weitere Verfechten der Willenstheorie. Noch auf verschiedene Weise hat man es versucht, dieses Ergebnis zu verhüten. So hat Wendt[3]) behauptet: wenn im BGB. konkludentes Verhalten, wie man bisweilen die stillschweigende WE. auch genannt hat, und ausdrückliche WE. unter den Begriff der WE. fielen, bedürfe es nicht des § 151. Wendt übersieht hierbei, wie dies auch seitens Danz[4]) geschehen ist, daß § 151 nicht von stillschweigender WE., sondern von stillschweigender Annahme der WE. handelt. Von anderer Seite wurde die Behauptung aufgestellt, daß die stillschweigende WE. stillschweigend gewollt sei, wodurch der Erklärungstheorie ein Hauptbeweismittel entzogen werden sollte.[5]) Dies ist indes eine unrichtige Auffassung.[6]) „Stillschweigend Gewolltes kann man nur dann gelten lassen, wenn hier nach Art der Älteren mit dem Wort „Wille“ nur die „Erklärung“ verstanden sein soll. Wenn jedoch daneben auch der „ausdrückliche Wille“ der „ausdrücklichen Erklärung“ als etwas von ihr Verschiedenes,

1) OLG. 17, 385.
2) Vgl. Hartmann, Arch. Ziv. Prax. 72, 220.
3) Arch. Ziv. Prax. 92, 239.
4) DJZ. 06, 1282.
5) Vgl. Bähr Iherings J. 14, 407, 421; Breit Gruchots Beitr. 55, 3.
6) Schloßmann 41.

also als innerer psychologischer Vorgang entgegengestellt wird, so kann dieser Sprachgebrauch deshalb nicht aufrecht erhalten bleiben, weil die ihm zu Grunde liegende Annahme, daß ein nur innerer Vorgang zugleich etwas Ausdrückliches sei, also einen Ausdruck enthalten kann, mit der Etymologie des Wortes: ausdrücken sich nicht im Einklang bringen läßt.[1]) Der Gegensatz zwischen ausdrücklicher und stillschweigender WE. hat seinen Sitz in der Beschaffenheit der Erklärung, des äußeren Erklärungstatbestandes. Wie der Wille erklärt, ausgedrückt wird, darum handelt es sich. Das wird klar, wenn man von diesem äußeren Erklärungsvorgange abstrahiert. Es wird dann sofort unmöglich von „ausdrücklich" oder „stillschweigend" zu sprechen: weder kann man von ausdrücklichem oder stillschweigendem inneren Willen reden, noch von ausdrücklichem oder stillschweigendem Rechtsgeschäft. Der Gegensatz haftet vielmehr gerade an der Erklärung."[2])

Willenserklärung und gesetzlich geregeltes Stillschweigen.

Von der stillschweigenden WE. sind die Fälle zu scheiden, in denen das Gesetz selbst Auslegungsregeln für das Stillschweigen bestimmt.[3]) „Es handelt sich hier — wie bei der Erklärung — um gesetzliche Wirkungen eines objektiven Tatbestandes, die eine Vergewaltigung der Absicht in sich schließen können."[4]) Diese Fälle darf man daher nicht, wie Savigny[5]) es tut, unter dem Begriff der WE. stellen. Wenn man sich den Gegensatz zwischen diesen Fällen und denen der stillschweigenden WE. verdeutlichen will, so braucht man sich nur zu vergegenwärtigen, was im Einzelfall der Richter zu prüfen hat.

1) Leonhard Irrtum 1, 208;

2) Henle WE. 12.

3) §§ 108, 177, 415, 416, 458, 516, 1396, 1643, 1690, 1832, 1943, 1829.

4) Bechmann 2, 250.

5) 3, 248 ff., ferner Schliemann 110.

Bei der stillschweigenden WE. muß dem Richter zunächst bewiesen werden, daß tatsächlich Stillschweigen geherrscht hat. Ferner aber muß der Richter prüfen, ob dieses Stillschweigen im Einzelfall einen Schluß auf einen Geschäftswillen zuläßt. Diese Prüfung ist überflüssig, wenn das Gesetz selbst an das Stillschweigen Auslegungsregeln knüpft. Hier fällt jedes sorgfältige Erwägen des Gesamtverhaltens fort, das Gesetz allein entscheidet.[1]) Ja selbst ein Gegenbeweis, daß das Schweigen nach Parteiverabredung einen anderen Sinn gehabt hat, ist unzulässig. Man hat deshalb dieses Stillschweigen als unechte WE. zu bezeichnen.[2]) Diese Vergewaltigung der Parteien im Fall des gesetzlich geregelten Stillschweigens entspricht einem gesunden Rechtsgefühl. Wohl die meisten, ja vielleicht gar alle Fälle, die in den betreffenden Paragraphen behandelt sind, würde der vernünftige Jurist auch ohne gesetzliche Bestimmung im gleichen Sinn zu regeln suchen. Wenn trotzdem das Gesetz besondere Bestimmungen für nötig befunden hat, muß es hierzu einen bestimmen Grund gehabt haben. Ihm ist nicht immer nachgegangen. Und dabei ist er nicht allzu schwer zu erforschen. In den gesetzlich geregelten Fällen handelt es sich um Rechtsgeschäfte, die in erster Linie eine empfangsbedürftige WE. oder doch wenigstens eine empfangsbedürftige Äußerung erfordern. Nun ist es aber in den meisten Fällen unmöglich, daß die stillschweigende WE. dieses Erfordernis erfüllt. Das Zugehen unter Abwesenden dürfte nur bei der ausdrücklichen WE. möglich sein.[3]) In den gesetzlich geregelten Fällen wäre demnach, da dort empfangsbedürftige Äußerungen notwendig sind, eine Erklärung durch bloßes Stillschweigen unmöglich. Darum war es nötig, daß das Gesetz in § 151 eine stillschweigende Annahme für möglich erklärte. Darum war es nötig, daß das Gesetz bestimmte, wann im Einzelfall bloßes Stillschweigen als eine

1) Savigny 3, 255; Schliemann 111.
2) Düringer-Hachenburg 2, 17 Note 16.
3) Fritze Arch. Bürg. R. 14, 215; Planck 1, 206 e.

Antwort auf Aufforderungen genügte. Andernfalls hätte das Stillschweigen nur hingereicht, dem Stillschweigenden auf Schadensersatz zu belangen.[1]) Daß diese Bestimmung nicht allgemein gefaßt wurde, zeugt von der weisen Selbstbeschränkung des Gesetzes, nicht unerforschtes Gebiet durch ein Machtwort vor allzu weiten Folgerungen zu führen.

Unter den oben aufgezählten Paragraphen, die das Stillschweigen gesetzlich regeln, wird man vergebens jene suchen, nach denen eine Vergütung als stillschweigend vereinbart gilt, wenn diese den Umständen nach zu erwarten ist[2]) und die Fälle, nach denen ein Vertrag stillschweigend verlängert gilt.[3]) In diesen Fällen wird eine WE. fingiert,[4]) allerdings keine stillschweigende.[5]) Man könnte nun sagen, daß diese Bestimmungen gegen die obige Auffassung der WE. sprechen. Daß ein Schluß auf einen Geschäftswillen nicht allgemein genügen kann, wenn das Gesetz in bestimmten Fällen diesen Schluß erst ersetzen muß. Dieser Einwand ist jedoch hinfällig. Es war oben gezeigt, daß zu jeder WE. die Vorstellung gehört, im wirtschaftlichen oder rechtlichen Leben durch sein Verhalten eine Änderung herbeizuführen. Rechts- und Wirtschaftsleben stand hier im Gegensatz zu dem geselligen, aus dem keine Rechtsansprüche entstehen. Wenn z. B. jemand eine Dienstleistung erbittet, die er von der Gefälligkeit des anderen erwartet, ist sein Verhalten garnicht für das Rechts- oder Wirtschaftsleben bestimmt. Es ist keine WE. Deshalb war eine Bestimmung erforderlich, die gestattet, daß in diesem Fall die Bitte um eine Gefälligkeit als Angebot eines Dienstvertrages mit rechtlicher Wirksamkeit angesehen wird.

Im Vorhergehenden ist mit der herrschenden Ansicht von dem Gegensatz innerhalb der WE.: ausdrückliche und

---

1) Endemann § 64, Note 19.
2) §§ 612, 632, 653, 689.
3) §§ 568, 581, 625, 724.
4) Vgl. Rebitzki 71; AA. Klein 38.
5) Zitelmann Irrtum 268.

stillschweigende WE. gesprochen. Es ist jedoch fraglich, ob in diesen Ausdrücken ein Gegensatz liegt. Das gesamte für den Schluß auf den Willen in Betracht kommende Verhalten macht die WE. aus, nicht die einzelne Handlung. Der Schluß auf den Geschäftswillen erfolgt nicht durch eine Äußerung allein, sondern zugleich auch durch stillschweigendes, zweckentsprechendes Handeln. In diesem Sinne ist jede ausdrückliche WE. zugleich eine stillschweigende.[1]) „In der Behauptung der ausdrücklichen WE. ist die weniger weitgehende Behauptung zu finden, daß im schlimmsten Fall stillschweigende WE. vorliegt.[2])

Die ganze Scheidung innerhalb der WE. läßt sonach den Beweis der inneren sachlichen Güte und Fruchtbarkeit vermissen. Sie liefert keinen irgendwie fruchtbringenden Gedanken zur Aufhellung und Entscheidung praktischer Rechtsfragen und Rechtsfälle.[3]) Hierzu kommt, daß sprachlich die Wahl der Worte: stillschweigende und ausdrückliche WE. nicht gut zu heißen ist. So hat das Wort „ausdrückliche WE.", das sich an manchen Stellen des Gesetzbuches findet, keine „sichere, für alle Fälle gleiche Bedeutung".[4]) Bald begreift es Kopfschütteln, Kopfnicken,[5]) ja selbst das Schweigen, das bisweilen „wie Steine redend zeugt",[6]) in sich, bald ist es auf das sprachliche Äußern beschränkt.[7]) Der Ausdruck „stillschweigende WE." findet sich im Gesetzbuch überhaupt nicht. Es ist auch kaum anzunehmen, daß dieser Ausdruck in einem modernen Gesetzbuch Aufnahme finden wird. Die Reformbedürftigkeit dieses Wortes ist bereits seit langem in der Theorie zum Ausdruck

1) Eberhard DJZ. 09 1072.
2) Recht 12, 2917.
3) Hartmann Arch. Ziv. Prax. 72, 174.
4) RG. 65, 179.
5) Gruchots Beitr. 41, 977.
6) Leonhard Irrtum 1, 194; Zitelmann Irrtum 262; aA. Henle WE. 16; Schliemann 106.
7) Literatur für das römische Recht vgl. Schliemann 103 Note 7, für das heutige Henle WE. 14 ff.

gekommen.[1]) Darum hat man ähnlich wie „stille Annahme“[2]) den Ausdruck „stille Willensäußerung“ geprägt.[3]) Wenn man sich dem anschließen wollte, so müßte man das Wort „still“ relativ verstehen, da ja unter die stille Erklärung ein Geräusch, selbst eine ausdrückliche Erklärung fallen kann,[4]) so z. B., wenn die Erklärung, ein Schuldschein sei zerrissen, einen Schulderlaß enthält.[5]) Das Gesetz selbst gebraucht statt stillschweigender WE. und ähnlichem einen ganz anderen, viel besseren Ausdruck. In § 164 heißt es:

Es macht keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich erfolgt oder ob die Umstände ergeben, daß sie erfolgen soll.

An Stelle der stillschweigenden WE. heißt es demnach richtiger „eine Erklärung, deren Inhalt nicht einer besonderen Handlung des Erklärenden, sondern den Umständen zu entnehmen ist.“[6])

Schlußbetrachtung.

Mit dieser Feststellung sei das Kapitel „Willenserklärung“ geschlossen. Sein wesentlichster und bestrittenster Punkt: die Erklärungstheorie wird mit dieser letzten Feststellung gestärkt. „Wenn die Umstände ergeben, daß eine Erklärung erfolgt sein soll,“ liegt eine gültige WE. vor. In einer solchen WE. wird man vergebens einen maßgeblichen Geschäftswillen, der erst das Erklärte gültig machen soll, oder eine maßgebliche Auslegung des Geschäftswillens seitens der parteiischen Außenwelt suchen. Im Gegenteil, losgelöst von einem Geschäftswillen, losgelöst von einer maßgeblichen Ausdehnung seitens der parteiischen Außenwelt kommt eine gültige WE. zu Stande.

1) U. a. Hellmann Iherings J. 42, 449; Zitelmann Irrtum 263.
2) Prot. 1, 83.
3) Cosack 1, 156a.
4) Leonhard 292.
5) Schliemann 108.
6) Monich 8b; Biermann 131; Hartmann Arch. Ziv. Prax. 72, 166; Savigny 3, 212 Note a; vgl. auch §§ 328, 612, 632, 689.

IV. Kapitel.

Einleitung.

Was hier als Ergebnis der bisherigen Forschung über die WE. dargelegt ist, das war zur Zeit, als der Entwurf und das BGB. verfertigt wurden, nur in verschwommenen Umrissen sichtbar. Wenn demnach die Motive von einer Äußerung behaupten, sie ist eine WE., so ist eine solche Ansicht mit noch größerer Vorsicht aufzunehmen, wie manches andere in den Motiven Enthaltene. Mit gleicher Vorsicht sind aber auch die Behauptungen in den wissenschaftlichen Werken entgegenzunehmen, deren Hauptzweck nicht der Untersuchung der WE., der Rechtshandlung[1]) oder ähnlichen gewidmet ist. Bei diesen Werken hat die Gefahr viel zu nahe gelegen, daß die in den Motiven enthaltenen Behauptungen einfach übernommen sind, ohne daß selbständig die Natur der einzelnen Äußerung geprüft wurde, als daß ihr stets entronnen ist. Je länger und gründlicher man das Gebiet der WE. durchforschte, desto enger wurden ihre Grenzen gezogen. Zuerst wurde sie mit dem weiten Gebiet des Rechtsgeschäfts gleichgestellt, hernach bröckelte eine Gruppe nach der anderen ab. Nicht mehr das gesetzlich geregelte Stillschweigen, nicht mehr die Erklärung ohne Kundgebungszweck, nicht mehr die Verkehrserklärung konnten sich in die Jetztzeit als WE. hinüberretten. Wohin letzten Endes diese Entwicklung treibt, ist bisher noch nicht abzusehen. „Bei ihr handelt es sich um bisher zum großen Teil unerforschtes, vielfach auch nicht einmal auf seinen

1) Im weiteren Verlauf der Abhandlung ist zur Abkürzung statt dieses Wortes RH. gebraucht.

Umfang überschautes Gebiet."[1]) Verhältnismäßig jungen Datums ist diese ganze Lehre. Klein ist ihr Begründer,[2]) Eltzbacher ihr Pionier.[3]) Doch schon haben sich Stimmen gegen sie erhoben, die die Notwendigkeit einer weiteren Teilung der Erklärungen bezweifeln,[4]) da eine andere als die herrschende Auffassung „zu Begriffsspaltereien, Verwirrungen und unrichtigen Ergebnissen" führen könne.[5]) Mit Unrecht! Ist eine Äußerung WE., so müssen die Bestimmungen über die WE. ohne weiteres angewandt werden, ist sie es dagegen nicht, so ist nach den besonderen Regeln der Analogie die Anwendung jeder einzelnen Bestimmung der WE. und der Rechtsgeschäfte zu prüfen,[6]) „wobei man nicht nur den Zweck selbständig, sondern auch die Rechtswirkungen der RH. betrachten muß und ferner ob auf den Willen Rücksicht genommen wird oder nicht."[7]) Aus diesem Grunde sind „im Gesetzbuch selbst auch keine allgemeinen Rechtsvorschriften über RHRH. aufgestellt, insbesondere ist von einer Übertragung der für Rechtsgeschäfte gegebenen Vorschriften abgesehen."[8])

Mit Vorsicht ist die Behauptung zu behandeln: diese oder jene Äußerung ist eine WE., mit Vorsicht jene, die auf die NichtWE. die Regeln von den Rechtsgeschäften allgemein anwenden will.[9]) Nicht immer sind jene Mahnungen befolgt, so auch nicht bei der hier interessierenden Billigung. Die übertriebene Bedeutung, die man in manchen Kreisen der Wissenschaft den Motiven beilegt, hat viele dazu geführt, sich meist ohne nähere Begründung den Motiven anzuschließen, die da kurz und bündig behaupten: „Die

1) Gierke ZHR. 55, 308.
2) Nach Zitelmann 33 Note 33.
3) Gierke a. a. O.
4) v. Tuhr DJZ. 08, 981.
5) Dernburg 1 § 106 II a. E.
6) Klein Arch. Bürg. R. 33, 247 Note 5.
7) Aravantinos Iherings J. 48, 140 Note 67; Leonhard 258.
8) Motive 1, 127; Prot. 1, 55, 130.
9) Vgl. Breit 108 Note 61.

Erklärung der Billigung ist eine rechtsgeschäftliche Erklärung."[1]) Und viele andere sind in den Fehler verfallen, die Regeln der WE. allgemein oder doch zumindest in allzu weitem Umfang auf jede Äußerung übertragen zu wollen.[2])

Die Billigung.

„Die Erklärung der Billigung ist eine rechtsgeschäftliche Erklärung."

Daß der Kauf auf Probe bereits vor der Billigung abgeschlossen ist, war oben gezeigt worden. Zum Abschluß des Vertrages gehören regelmäßig 2 WEWE., beim Kaufvertrag eine des Verkäufers und eine des Käufers. Wäre die Billigung eine WE., so gesellte sie sich als dritte hinzu.

Die Nebenwillenserklärung.

Daß drei WEWE. bei einem Rechtsgeschäft vorkommen können, ist von vornherein nicht zu leugnen. Das Institut der sogenannten NebenWE. zeigt dies zur Genüge.

Das Wort NebenWE. hat im Laufe der Zeit Wandlungen durchgemacht. Früher als man noch nicht das bedingte Rechtsgeschäft als ein einheitliches ansah, teilte man es in Haupt- und NebenWE.[3]) Mit dem Fortschreiten der Rechtswissenschaft fiel diese Scheidung des bedingten Rechtsgeschäfts und damit das Wort NebenWE. Aus der Rüstkammer der Vergangenheit wurde es von Breit[4]) hervorgeholt. Er verwandte es, um einzelne Erklärungen als Leistung kenntlich zu machen: die Erklärung, die eine

1) Mot. 2, 336; Dernburg 1 § 133 Note 2; Düringer-Hachenburg 2, 54; 3, 238; Goldmann § 373, 196; Goldmann-Lilienthal 518; Haidlen § 496 β; Hölder Iherings J. 56, 157; 58, 137 Note 8; Lange 65; Lukanov 43; Monich 127; Seckel 219, 238; 341; RGK. § 496, 2; OLG. München Recht 01, 259.

2) Vgl. hierzu Cosack 154 II 2b; Dernburg 1, 373 V; Endemann 1, 123, 279; Enneccerus 1, 1, 331, 5; Kohler 1, 542, 5; Küster 6; Wlassak Oest. Ger. Z. 53, 72; Zitelmann 34.

3) Vgl. Karlowa 95; Wagenführ. 16.

4) Gruchots Beitr. 55, 1 ff.

Nebenleistung des Vertrages ist, ist nach ihm eine NebenWE., wobei er allerdings übersieht, daß eine Nebenerklärung noch nicht NebenWE. zu sein braucht. Eine Scheidung in Haupt- und NebenWE. erscheint an sich nicht untunlich, wenngleich sie bisher noch nicht genügend Anklang gefunden hat. Bei den RHRH. hat man eine ähnliche Scheidung schon in weiterem Umfang angebahnt. Man teilt die RHRH. in selbständige und unselbständige, je nachdem sie allein oder erst in Verbindung mit anderen Tatsachen von Bedeutung sind,[1]) ferner die Rechtsgeschäfte in ähnlicher Weise in selbständige und unselbständige[2]) — abhängige Rechtshandlungen.[3]) Auch bei der WE. wäre diese Scheidung, wie die Lehre von der Zustimmung zeigt, am Platze. Die Zustimmung, die man sogar bisweilen als einseitiges Rechtsgeschäft aufgefaßt hat,[4]) von der WE. zu trennen, daran hat man nie ernstlich gedacht,[5]) wenngleich man sich keineswegs verhehlte, daß die Zustimmung nicht ganz dem Begriff der WE. entspricht.[6]) Die Zustimmung — wie die Vollmacht und die Widerrufserklärung — steht für sich in der Luft. Erst mit einer anderen rechtsgeschäftlichen Erklärung kann sie einen rechtsgeschäftlichen Einfluß ausüben, die andere WE. ist die Hauptsache, sie selbst nur ein Erfordernis zum Wirksamwerden, eine Nebensache, eine NebenWE. — dem Wortverstand gemäß gebraucht —. Wenn man darum den alten Begriff der NebenWE. zu neuem Leben erwecken will, täte man gut daran, hierunter eine besonders geartete WE., nicht eine besonders geartete Leistung zu verstehen.

---

1) Z. B. Klein 29;
2) Heck 322.
3) Kohler 536 ff.; dagegen Heck 352.
4) Breit Sächs. Arch. 13, 290.
5) Regelsberger 491 VI; Zitelmann Irrtum 270, 296 ff.
6) Karlowa 16.

Billigung und Nebenwillenserklärung.

Als Zustimmung die Billigung auffassen, wie es bisweilen geschehen ist, hieße gegen das Gesetz verstoßen. Nicht der Vertrag, sondern der Kaufgegenstand ist zu genehmigen, abgesehen davon, daß nur ein Dritter, nicht aber der Erklärende selbst seinem Tun zustimmen kann. „Wenn der Erklärende selbst seiner ersten Erklärung zustimmen muß, so kann die erste doch nur vorläufig und unverbindlich gewesen sein. So müßte denn, wenn beim Kauf auf Probe die Billigung eine WE. des Käufers ist, seine erste Erklärung „eine juristisch gänzlich belanglose Vorbesprechung" sein,[1]) während sie doch in Wirklichkeit den Vertrag zum Abschluß bringt. Die normale Erklärung: ich billige den Gegenstand, läßt nicht direkt auf einen Geschäftswillen schließen; sie stellt vielmehr ein Urteil dar. Aus diesem Grunde hat man denn auch der Billigung das Wesen der WE. abgesprochen.[2]) Mit Recht! Ein Geschäft kann seine Geltung nicht von einer zweiten rechtsgeschäftlichen Erklärung derselben Person abhängig machen, sonst würden die beiden Erklärungen sich gegenseitig oder die eine die andere aufheben.[3]) Hiervon ebensowenig wie von einem zweiten Willensgeschäft derselben Person,[4]) von einem zweiten Wirkungswillen, als welchen ten Hompel[5]) die Billigung auffaßt! Bereits die erste Erklärung (das Kaufangebot und die Annahme) enthält ein Willensgeschäft, einen Wirkungswillen.[6]) Bereits diese erste Erklärung soll innerhalb der vom Gesetz für die Parteiverabredung gezogenen Grenzen im Rechtsleben etwas erstreben. Bei der Billigung dagegen wird man dieses Tatbestandsmerkmal der

---

1) Henle 366 Note 63.

2) Ennecerus 1, 2, 313 II 2; Henle a. a. O.; Kohler 538 III; Krug 73; Oertmann § 495, 2.

3) Walsmann Iherings J. 54, 286.

4) So Manigk 527 und Jakobi 103.

5) 93.

6) Richtig Dernburg 1, 366; Oertmann AL. 2, 39.

WE. vergeblich suchen. „Der Kaufgegenstand gefällt“ bedeutet nicht mehr wie die Äußerung: heute ist schönes Wetter.[1]) Beide sind lediglich tatbestandsetzende Erklärungen im Gegensatz zu den normsetzenden. „Einzig und allein die normsetzende Erklärung enthält aber das rechtserzeugende Moment. Sie ist WE.; die tatbestandsetzende Erklärung erhält durch sie erst gewisse rechtliche Bedeutung, in dem die normsetzende Erklärung als bedingte auf die bedingende Erklärung, welche künftiges Tatbestandsmoment sein soll, verweist.“[2]) Ist der Tatbestand, wie ihn die Bedingung der Billigung erfordert, gesetzt, so sind seine Folgen keine von der Partei weiterhin abhängige. Das Gesetz schreibt bindend vor, daß mit der Billigung der Kaufvertrag wirksam wird, gleichviel ob dies den Parteien zusagt oder nicht. Ist letzteres der Fall, so genügt kein Rückgängigmachen der Billigung mehr, vielmehr ist Aufhebung des Vertrages nötig. „Die Billigung ist so wenig wie sonst die Erfüllung der Bedingung Rechtsgeschäft oder anderer konstitutiver Tatbestand, sondern nur von auslösender Bedeutung.“[3]) Wenngleich das RG. noch nicht zu dieser Frage Stellung genommen hat, ist anzunehmen, daß es selbst auch diesen Standpunkt vertreten wird. Ein ähnlicher Fall lag ihm bereits zur Entscheidung vor:[4]) das Verzeichnis der verbrannten Gegenstände, das auf Grund des Versicherungsvertrages eingereicht werden muß, faßte es nicht als WE., sondern als Bedingung auf, „da es nicht eine ihrem Inhalt kongruente Rechtsfolge vermöge des die Wirksamkeit des Parteiwillens in gewissen Grenzen anerkennenden Gesetzes hervorzubringen bestimmt sei“. Auch an die Verzeichniseinreichung knüpft sich eine rechtliche Folge, aber diese findet im Versicherungsvertrag ihren rechtlichen Ursprung, weder erzeugt sie unmittelbar Rechtsfolgen, noch ist sie

1) Vgl. Bechmann 2, 231.
2) Krug 73, 178.
3) Seckel 219.
4) RG. 58, 364.

inhaltlich darauf gerichtet. Was in jenem Fall der Versicherungsvertrag ist, stellt hier der Kaufvertrag auf Probe dar. Auch hier erzeugt die Bedingung in keiner Weise Recht.[1])

Mit der Behauptung: die Billigung verhält sich zum Recht wie Ursache zur Folge,[2]) wurde versucht, das Wesen der Billigung genauer darzulegen, m. E. würde dies durch einen Vergleich zwischen WE. und Billigung bedeutend schärfer zum Ausdruck kommen. Er läßt sich in den Satz zusammenfassen: durch die WE. wird auf eine Rechtsänderung hingewirkt, durch die Billigung wird eine Rechtsänderung veranlaßt.

Die juristischen Tatsachen im weiteren und engeren Sinn.

Da die Billigung eine Rechtsänderung veranlaßt, ist sie eine juristische Tatsache. Zitelmann[3]) hat dargetan, daß unter juristischer Tatsache zweierlei verstanden werden kann. Bald bedeutet sie eine Tatsache, die „nur dem Recht angehörig", „vom Recht geschaffen" ist, bald jede natürliche Tatsache, welche vom Gesetz irgendwo zu Momenten eines juristischen Tatbestandes gemacht ist. In neuerer Zeit kann man noch eine dritte Bedeutung ihr zusprechen. Man kann darunter Tatsachen verstehen, die weder RHRH. noch Rechtsgeschäfte noch WEWE. sind, juristische Tatsachen in engerem Sinn. Die gebräuchlicheren Ausdrücke hierfür sind „rein objektive Tatsachen",[4]) „Naturtatsachen".[5]) Indes können diese Ausdrücke einer ernsteren Kritik nicht Stand halten. Bereits oben war darauf hingewiesen worden, daß eine Handlung Rechtsgeschäft und gleichzeitig unerlaubte Handlung, eine Erklärung gleichzeitig WE. und RH. sein kann. So geht es auch mit den

1) Sobtzick 21.
2) Endemann 1, 375a; vgl. Bülow 126.
3) Irrtum 227 ff.
4) Biermann 113.
5) Eltzbacher 207.

„Naturtatsachen“. Ob jemand kinderlos ist oder nicht, ist an und für sich rechtlich unerheblich. Rechtlich erheblich wird es in dem Fall, daß jemand einem anderen etwas schenkt oder vermacht, wofern dieser kinderlos ist. Nicht die natürliche Tatsache, nicht die rein objektive Tatsache, sondern nur ihr Vorkommen in einem konkreten Tatbestand ist von rechtlicher Bedeutung. Nur in diesem Tatbestand ist die Tatsache juristische Tatsache, sonst ist und bleibt sie allein natürliche, d. h. dem Rechtsleben völlig gleichgültige. Da dürfte es sich denn nicht empfehlen, den Gegensatz von natürlichen und juristischen Tatsachen dadurch zu verwischen, daß man die Naturtatsache als Teil der juristischen in einen Gegensatz zu der natürlichen Tatsache bringt, vielmehr dürfte es sich empfehlen, hierfür den Ausdruck: juristische Tatsache im engeren Sinne zu prägen.

Die Rechtshandlung.

Die gleiche Unterscheidung einer Tatsache im engeren und weiteren Sinne macht man bei der RH. Sie ist eine Unterabteilung der juristischen Tatsache im weiteren Sinn, für die auch der Name: geschäftsähnliche Handlung gebraucht wird.[1]) Mit ihr verknüpft die moderne Wissenschaft einen ziemlich engen Begriff. „Nur dann liegt eine RH. vor, wenn das Recht an eine Handlung deshalb Rechtswirkungen knüpft, weil sie menschliche Handlung ist.[2]) Somit scheidet die Bedingung, daß morgen schönes Wetter ist, daß ein Unglück eintritt u. ä. m. aus dem Begriff der RH. aus. Es würde aber aller Vernunft Hohn sprechen, die Bedingung: wenn ein Unglück geschieht in der Regel als juristische Tatsache im engeren Sinn aufzufassen, jedoch wenn sie im Einzelfall dadurch erfüllt wird, daß ein Mensch das Bein bricht, sie nachträglich als RH. aufzufassen, da ein Mensch gehandelt hat. „Wenn die rechtswirksame Tatsache sowohl durch menschliches Handeln als auch ohne

1) Enneccerus 1, 1, 331, 2; 521 ff.
2) Klein 9; Eltzbacher 207 ff.

Beteiligung eines Menschen verwirklicht werden kann, handelt es sich um juristische Tatsachen im engeren Sinn, niemals aber um RHRH."[1]) Aber auch wenn die Bedingung von vornherein gelautet hätte: wenn A sich ein Bein bricht, liegt in diesem Verhalten des A keine RH. Zwar handelt es sich um eine Tatsache, „bei der ihrem Wesen nach notwendig ein Mensch beteiligt sein muß,"[2]) doch die Rechtsfolgen treten nicht deshalb ein, weil eine menschliche Handlung vorliegt, sondern lediglich deshalb, weil ein Mensch rein körperlich beteiligt ist, „rein körperliche Tatsachen bei einem Menschen eingetreten sind."[3]) Der Beinbruch an sich ist eine rein natürliche Tatsache, in dem bedingten Rechtsgeschäft juristische Tatsache im engeren Sinn, nicht RH. Wenn Klein hier von rein körperlichen Tatsachen spricht, so ist dies höchst relativ zu verstehen. Denn man darf nicht danach annehmen, daß die Bedingung: wenn A geistig umnachtet als nicht körperliche Tatsache eine RH. sei.

Die Billigung ist eine Rechtshandlung.

Die Billigung des Kaufs auf Probe enthält ein Urteil des Käufers über den Kaufgegenstand. Als solches ist sie die Erklärung eines geistigen Vorganges, sie bezieht sich auf ein Rechtsverhältnis, führt Rechtswirkungen herbei. Sie ist eine RH., nicht eine juristische Tatsache im engeren Sinn. Isay[4]) hat ähnliche Äußerungen dieser Art unechte WEWE. genannt, weil sie keine WEWE. sind, Rechtswirkungen aber im Gefolge haben. So muß auch die Billigung, deren Wirkungen eintreten, weil das Gesetz es so vorschreibt, hierzu gezählt werden. Wenn auch der Äußernde die Wirkungen der Billigung — und das wird meistens der Fall sein — kannte und gerade um deswillen

---

1) Klein 10, 15; Enneccerus 1, 1, 329 Note 1; vgl. auch Thon 372.
2) Eltzbacher 207.
3) Klein 10.
4) 45.

die Äußerung vornahm, bleibt sie RH., wird nicht WE.[1]) Die Kluft, die somit RH. von dem Rechtsgeschäft und der WE. trennt, ist eine unüberbrückbare. Der Wille kann nicht die eine Form in die andere überführen. Es ist hier anders, wie bei der WE. und der Willensäußerung, bei der es der Äußernde in der Macht hat, seine Äußerung zur WE. zu machen. Eine RH. ist die Billigung. Jahrzehnte lang hat es gedauert, bis man zu dieser Erkenntnis vorgedrungen ist, bis man die Wahrheit des Wortes Walsmanns[2]) erkannt hat: Unter der Bedingung der WE. den Kauf abschließen zu wollen, ist der Kauf nichtig; unter der Bedingung des bloßen Faktums des (ausgedrückten) Gefallens an der Sache, ist er wirksam.

Das bloße Faktum des Gefallens am Kaufgegenstand, die Billigung, ist mit voller Berechtigung in die stattliche Kette der RHRH. eingereiht worden, eine Kette, die so stattlich ist, daß eine Übersicht über sie nicht leicht zu erhalten ist. Man hat darum Gruppen unter den RHRH. gebildet, die die Orientierung erleichtern sollen.

Billigung und Mitteilung.

Eine von ihnen ist die bereits behandelte Gruppe der Mitteilungen. Die Versuchung liegt nahe, ihr die Billigung zuzuschreiben.[3]) Mitteilen heißt einem andern etwas zu bestimmter Zeit kundgeben.[4]) Ist es bei der Billigung erforderlich, daß sie dem Verkaufer innerhalb bestimmter Zeit zugehen muß?

Als Hellmann seine bereits oben zurückgewiesene

1) Vgl. Biermann 114 ff.; Kipp 110 ff.; Manigk 663.

2) Iherings J. 54, 259; vgl. ferner Planck 1, 276, 8.

3) So Enneccerus 1, 2, 313 II, 2.

4) In der Theorie ist es nicht unbestritten, ob die Mitteilung nur richtungs-, empfangs- oder vernehmungsbedürftig ist (vgl. hierzu Klein Arch. Bürg. R. 34, 339 ff.). Da für unsern Fall eine eingehende Untersuchung unnötig ist, ist von einer Besprechung der verschiedenen Theorien abgesehen worden. Verf. steht mit Klein 144; Manigk 707 auf dem Standpunkt, daß die Mitteilung empfangsbedürftig ist.

Theorie: jede WE. ist empfangsbedürftig, aufstellte, da konnte er als einen der gewichtigsten Gründe hierfür angeben, daß das BGB. in außerordentlich vielen Fällen erforderte, daß die Äußerungen einer anderen Person oder anderen Behörde gegenüber abzugeben oder doch einem anderen wenigstens anzuzeigen seien. Bei der Billigung, die die Motive ja auch für eine WE. hielten, wird man vergeblich diese Vorschrift suchen. Und dabei wäre es ein Leichtes gewesen, diesem Verlangen Ausdruck zu geben, indem der erste Satz des § 496 seinem Kern nach gelautet hätte: die Billigung eines auf Probe gekauften Gegenstandes kann dem Verkäufer nur innerhalb der vereinbarten Frist erklärt werden. Solche Vorschriften der Empfangsbedürftigkeit finden sich nicht nur bei der WE., sondern auch bei den Anzeigen, den Androhungen, kurz allerlei RHRH., bei denen man ein solches Erfordernis für nötig hielt.[1]) Es wäre mehr als merkwürdig, daß bei der Billigung ein solcher Vermerk nur aus Versehen fortgelassen sein sollte.

Hierzu kommt ein weiteres:

Bei der Behandlung der stillschweigenden WE. hatte Fritze[2]) mit Recht darauf aufmerksam gemacht, daß ein Zugehen unter Abwesenden nur bei ausdrücklicher WE. möglich sei. Es ist nicht schwer einzusehen, daß ein Zugehen der Billigung unter Abwesenden auch nur bei ausdrücklicher Billigung möglich wäre. Wie aber wird die Billigung betätigt? Wohl in den seltensten Fällen äußert der Käufer dem Gesetz entsprechend: mir gefällt der Gegenstand, meist — und das haben auch Jahrzehnte hindurch die Juristen getan — sagt er: ich genehmige den Kaufvertrag. Doch bei der ausdrücklichen Billigung bleibt der Verkehr nicht stehen. Schon das Züricher Gesetzbuch vom 28. Dezember 1853 sagte in seinem Art. 1394: „Einer wörtlichen Erklärung der Billigung bedarf es nicht. Sie kann

1) Als Stichproben der im BGB. häufig vorkommenden Fälle dürften §§ 409, 410, 411, 415, 416 genügen.

2) Arch. Bürg. R. 14, 215.

auch aus den Umständen gefolgert werden, namentlich aus der Art der Annahme und aus der Verfügung über die Ware durch den Käufer.“ Es ist schwierig und auch zu weitläufig, all die zahllosen Fälle aufzuzählen, „die mittelbar zum Ausdruck bringen, daß der Kaufgegenstand dem Käufer gefällt.“[1]) Wenn der Käufer die Eigentumsübertragung der Kaufsache verlangt, wenn er nach hinreichendem Prüfen vorbehaltlos den vollen Kaufpreis bezahlt, kann hierin die Billigung gefunden werden.[2]) Ja, auch ohne daß der Verkäufer es sofort erfährt, kann der Käufer sein Gefallen an dem Gegenstand ausdrücken, so wenn er den Gegenstand mit seinem Zeichen versieht, zum Verkauf stellt, weiter darüber wie ein Eigentümer verfügt, ihn verbessert, verändert oder gar an einen Dritten veräußert.[3]) In diesen Tatbeständen liegt die Billigung, sie braucht in diesen Fällen nicht dem Verkäufer gegenüber erklärt zu werden.[4]) Was aber bei einem Teil der Fälle nicht Tatbestandsmoment ist, kann es auch nicht für andere Fälle sein.

Des Zusammenhangs wegen sei hier des Falles erwähnt, der nach dem Gesetz nicht als Billigung gelten kann: der stillschweigenden, nur im Inneren betätigten Billigung. Trotzdem auch hier der maßgebende objektive Tatbestand durch einen Eid des Käufers festgestellt werden könnte, hat das BGB. ihm die Wirksamkeit versagt:

War die Sache dem Käufer zum Zwecke der Probe oder der Besichtigung übergeben, so gilt sein Schweigen als Billigung (§ 496, 2), war die Sache zu anderen Zwecken oder garnicht übergeben, so gilt sein Schweigen als Mißbilligung, nicht als Ablehnung. Denn Ablehnung würde sich auf den Vertrag, nicht auf den Gegenstand beziehen.[5])

Durch diese Bestimmung wurde für den Verkäufer die

---

1) Hölder Iherings J. 55, 427.
2) Dernburg 2, § 193 VI; Recht 12, 2818.
3) Z. B. Oertmann § 495, 6; Staub Excurs § 382 Note 19.
4) AA. Goldmann § 373 Note 196; Planck § 495, 3; Recht 01, 259.
5) AA. Keidel § 496, 4.

Gefahr beseitigt, daß der Käufer noch nach Ablauf der Billigungsfrist durch einen Eid die Wirksamkeit des Vertrages bestimmen könnte. Denn daß die beeidete Tatsache der Wahrheit entspricht, das dürfte wohl von keinem der Anhänger der Eideszuschiebung behauptet werden können. Dem Schweigen als negativer Handlung, als einem Nichtäußern, wurde durch eine Fiktion ein für allemal eine bestimmte Bedeutung beigelegt, gleichgültig, ob dieser Tatbestand dem Käufer angenehm ist oder nicht. Ihm gegenüber gibt es kein Berufen auf eine Billigung im Innern, Die Billigung muß vielmehr stets ausgedrückt werden.

Nach dieser Abschweifung von der Frage, ob die Billigung eine Mitteilung ist, sei zu dem Ausgangspunkt zurückgekehrt. Das Stillschweigen, von dem hier oben gesprochen ist, bietet den dritten Stützpunkt der Ansicht, daß die Billigung keine Mitteilung ist. Nur bei Schweigen innerhalb der ganzen Frist, die dem Käufer zur Billigung zu Gebote steht, greift § 496, 2 durch. Ist kurz vor Ablauf der Frist die Billigung irgendwie erfolgt, etwa durch Absenden einer Karte, so richtet sich die Wirksamkeit des Kaufvertrages nach dem Inhalt der Karte, nicht nach der gesetzlichen Regelung des § 496, 2.[1])

Der Beweisführung mit dem Stillschweigen könnte man entgegenhalten, daß dem Stillschweigen in den anderen gedachten Fällen[2]) eine andere Bedeutung zukommt. Mit Nachdruck war darauf hingewiesen worden, daß in jenen Fällen das Stillschweigen einer positiven Regelung bedurfte, um eine empfangsbedürftige Äusserung, die an und für sich notwendig war, zu ersetzen. Ist es da nicht willkürlich, könnte man meinen, bei der Billigung dem Stillschweigen eine andere Auslegung zu geben? Ein solcher Einwurf würde die Bedeutung des § 496,2 verkennen. Diese ist nur im Zusammenhang mit dem früheren Recht zu ver-

1) Richtig Crome 2, 487 Note 13; Fischer-Henle § 496, 4; RG. Goldschmidts Z. 39, 198, Nr. 188.

2) Vgl. oben Kap. 3. (S. 70ff.).

stehen, in dem das Stillschweigen eine andere Bedeutung hatte. — „Falls der Käufer über die gebührende Zeit hinaus schweigt, ist die Bedingung ausgefallen, von deren Eintritt, sei es die Perfektion, sei es die Auflösung des Geschäftes, abhing und insofern hat praktisch das Stillschweigen beim suspensiv bedingten Kauf die Wirkung der Mißbilligung, beim resolutiv bedingten Kauf die Wirkung der Billigung. Hieran ändert auch der Umstand nichts, daß die Ware sich bereits in dem Gewahrsam des Käufers befindet.[1a]) So war die Regelung im alten Recht. Seit dem alten HGB. ist der letztere Fall einer anderen Auslegung unterworfen worden: Wenn der Gegenstand dem Käufer zur Probe übergeben ist, gilt das Stillschweigen als Billigung. Aus diesem Grunde war die Aufnahme des § 496,2 ins BGB. notwendig, nicht um zu der Frage Stellung zu nehmen, ob die Billigung stets eine empfangsbedürftige Äußerung sein muß.

Hat das Gesetz gut daran getan, die Billigung nicht den Mitteilungen zuzuzählen?

Nichts ist dafür erbracht, daß die Billigung nach jetzigem Recht eine Mitteilung ist. Gar viele Gefahren birgt diese Entscheidung in sich. Vor allem denke man an die Frage der Beweislast bei der Billigung, die, auch wenn eine stillschweigende Billigung ausgeschlossen ist, noch schwierig genug bleibt. Darum haben sich auch immer mehr Stimmen dafür erhoben, die Beweislast für die Billigung dem Käufer aufzuerlegen, wenn der Verkäufer die Übergabe dargetan hat,[2]) während früher[3]) die Ansicht vorherrschte, daß die Billigung der Verkäufer darzulegen hat, eine Ansicht, die auch heute noch von namhaften Juristen[4]) vertreten wird. Aber selbst wenn man den Käufer für beweispflichtig hält — selbstverständlich nur, wenn er selbst

1) Goldschmidt, Goldschmidts Z. 1, 119 ff.

2) Dernburg 2, § 193, Note 7; Düringer-Hachenburg 3, 243; Rosenberg Arch. Ziv. Prax. 94, 117; Recht 01, 259.

3) Vgl. Goldschmidts Z. 1, 436 ff.

4) Endemann 1011 Note 6; Planck § 495, 3.

Ansprüche aus rechtzeitiger Billigung oder Mißbilligung geltend macht[1]) —, wie soll sich der Verkäufer gegen einen unredlichen Käufer schützen, der vorsichtigerweise etwa bei 2 Notaren zwei verschiedene Urteile über den Kaufgegenstand abgegeben hat und, je nachdem sich die weiteren Ereignisse gestalten, den Beweis der Billigung oder Mißbilligung darlegt? Damit in Zukunft vermieden wird, daß auf diese Weise die Billigungsfrist bis zu einem Prozeß verlängert wird, erscheint es angebracht, bei einer Neugestaltung des Kaufs auf Probe dem Käufer die Verpflichtung aufzuerlegen, die Nachricht von der Billigung bis zum Schluß der ihm gesetzten Frist an den Verkäufer abzusenden. Daß dies die herrschende Ansicht[2]) schon jetzt verlangt, ist dagegen völlig unberechtigt. Niemandem kann eine Verpflichtung, zu der das Gesetz keine Handhabe bietet, auferlegt werden. Man darf auch nicht allzusehr den Verkäufer bei der jetzigen Regelung bedauern, und aus diesem Grunde etwa eine andere Entscheidung im jetzigen Recht treffen. Bei gar vielen bedingten Käufen befindet sich der Verkäufer in gleicher Lage. Ein Kauf unter der Bedingung, daß innerhalb gewisser Zeit der Nordpol entdeckt wird, bindet auch im Fall des Nichteintritts dem Verkäufer die Hände über die verabredete Zeit hinaus. Denn die Nachricht von der Entdeckung kann keineswegs innerhalb der verabredeten Zeit erwartet werden, die Bedingung ist vielmehr auch dann eingetreten, wenn in dem letzten Augenblick der Nordpol entdeckt wird.

Unter welche Gruppe der Rechtshandlungen fällt die Billigung?

Solange eine Verpflichtung für den Käufer nicht existiert, die Billigung dem Verkäufer anzuzeigen, kann die Frage, ob

1) Goldschmidt Goldschmidts Z. 1, 127 ff.

2) Düringer-Hachenburg 3, 241 Note 293; Endemann 1011 Note 9; Keidel § 496, 3; Lange 65; Litthauer-Mosse BGB. § 496, 4; RGK. § 496, 2; Planck § 496, 3; Staub Excurs § 382 Anm. 18 β; Windscheid 2, 637; OLG. 3, 207.

die Billigung eine Mitteilung ist, nicht in bejahendem Sinne beantwortet werden. Vorläufig gehört sie noch nicht in deren Reihen. Außer der Mitteilung gibt es, wenn man die Manigksche Einteilung[1]) sich zu eigen macht, noch folgende Gruppen von RHRH.:

1. Rein äußere Handlungen, „durch die nicht ein seelischer Vorgang, insbesondere ein Willen des Handelnden, zum Ausdruck gebracht werden soll",[2]) die vielmehr als solche lediglich mit Rücksicht auf den von ihnen in der Außenwelt geschaffenen Erfolg Rechtswirkungen haben.[3])
2. Mit besonderen inneren Tatsachen verknüpfte Handlungen.

   Diese zerfallen in zwei Gruppen:

   a) Fälle, in denen neben der äußeren gesetzlich fixierten Handlung selbstständig eine innere Tatsache verlangt wird.

   b) Handlungen, die sich lediglich als Perfektion einer auf ein äußerliches Verhalten hinzielenden, erheblichen, inneren Tatsache darstellen, bei denen also gesetzlich der Handlungsakt nicht fixiert ist.

Es ist augenscheinlich, daß die Billigung nicht zu der ersten Gruppe gehört. Sie enthält ein Urteil, das in der Regel auf Grund psychischer Vorgänge gewonnen wird. Die Billigung bringt einen seelischen Vorgang zum Ausdruck. Dieser soll nicht neben der äußerlichen gesetzlich fixierten Handlung vorkommen, sondern gerade in und durch die in die Erscheinung getretene Billigung. Daß das Gesetz den Handlungsakt der Billigung nicht fixiert hat, ist oben zur Genüge dargetan. Es genügt, daß in irgend einer Weise die Billigung tatsächlich erkennbar wurde. Das Gesetz verlangt bei der Billigung lediglich ein äußeres Verhalten, aus dem mit Sicherheit der Inhalt der diesem Verhalten zugrunde

1) 647.
2) Biermann 116, 1.
3) Manigk 663.

liegenden Gesinnung geschlossen werden kann. Das Gesetz knüpft die Folgerungen an die Gesinnung über den gekauften Gegenstand, nicht an den Willen einer Rechtswirkung.

Demnach kann die Billigung, wenn die Einteilung Manigks richtig ist, zu den Handlungen gezählt werden, die sich lediglich als Perfektion einer auf ein äußeres Verhalten hinzielenden, erheblichen, inneren Tatsache darstellen, bei denen gesetzlich der Handlungsakt nicht fixiert ist.

Welche Vorschriften von den Rechtsgeschäften und der Willenserklärung finden auf die Billigung Anwendung.

Es ist oben dargetan, daß bei jeder einzelnen RH. geprüft werden muß, welche Vorschriften der WE. und der Rechtsgeschäfte analog anzuwenden sind. Nachdem im ersten Teil nachgewiesen ist, daß die Billigung eine Rechtshandlung ist und ferner darzulegen versucht wurde, sie in eine der bestehenden Gruppen unterzubringen, sei im folgenden der Versuch gemacht, in ähnlicher Weise, wie Klein es für die von ihm für RHRH. im engeren Sinn gehaltenen juristischen Tatbestände getan hat, bei der Billigung die Vorschriften zusammenzustellen, die bei ihr in Betracht kommen. Hierbei soll womöglich an der Hand der einzelnen §§ des Abschnittes: von den Rechtsgeschäften vorgegangen werden.

1. Titel. Geschäftsfähigkeit.

Die Billigung ist eine RH. Im Rechtsleben handelt nur der, der nicht gezwungen, im Zustand der Bewußtlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit handelt. Handlungsfähigkeit ist ferner den meisten Geschäftsunfähigen genommen. Nur in einem Fall gibt die Regelung des Gesetzes, das keine Handlungsunfähigkeit kennt, Anlaß, Handlungsfähigkeit einem Geschäftsunfähigen zuzusprechen, dann nämlich, wenn ein volljähriger Geschäftsunfähiger in einem lichten Augenblick handelt. Für die Billigung könnte diese Frage nur dann brennend werden, wenn der volljährige

Geschäftsunfähige als Erbe in die Lage kommt, einen Kauf auf Probe, der noch nicht gebilligt ist, zu übernehmen, und nun in einem lichten Augenblick den gekauften Gegenstand billigt oder mißbilligt. Da diese Frage eng mit der zusammenhängt, ob ein Geschäftsbeschränkter wirksam billigen kann, sei die Beantwortung dieser Frage vorweg genommen.

Wenn das Gesetz in den §§ 106 ff. für die Geschäftsbeschränkten eine anderweite Regelung wie für die Geschäftsfähigen gegeben hat, so geschah dies lediglich, um von ihnen schädliche Rechtswirkungen, die die Geschäftsbeschränkten nicht voll und ganz einsehen konnten, fernzuhalten. Der Geschäftsbeschränkte kann Rechtsgeschäfte schließen, „dazu hat er die Fähigkeit, noch nicht aber das volle Einsehen in die rechtliche Tragweite seines Tuns.“ [1]) Nicht der Abschluß des Rechtsgeschäfts wird im Interesse der Geschäftsbeschränkten verhindert, sondern nur seine Wirksamkeit. So bedarf es bei jedem Kaufvertrag der Zustimmung des Mundwalts, wenn ein Geschäftsbeschränkter einen Kaufvertrag betätigt hat. Genügt dieser Schutz beim Kauf auf Probe, oder sind hier weitere Vorsichtsmaßregeln erforderlich?

Daß jeder anders bedingte Vertrag einer weiteren Zustimmung seitens des gesetzlichen Vertreters als der zum Vertrag bedarf, wird nirgends behauptet. Wenn es bei dem Kauf auf Probe anders sein sollte, müßten hierfür gewichtige Gründe sprechen, umsomehr, als bei den anderen Willkürbedingungen eine solche Forderung m. W. noch nirgends erhoben ist. Ein gewisser Unterschied zwischen der Billigung und anderen Willkürbedingungen läßt sich allerdings nicht verkennen. Die meisten Willkürbedingungen sind rein äußerliche Handlungen, die Billigung dagegen gibt einen seelischen Vorgang wieder. Wenn die herrschende Ansicht von den Willkürhandlungen, die rein äußere Handlungen sind, sagen konnte: wer wirksam eine Willkürhandlung vornehmen kann, der ist auch fähig, sie vorzunehmen, so kann dies

1) Kräußlich 30.

nicht ohne weiteres auf die Billigung angewandt werden. Noch viel weniger kann aber diese Ansicht in Verbindung mit der Behauptung Kleins:[1]) „Wer tatsächlich fähig ist, die vom Gesetz verlangte Mitteilung vorzunehmen, kann sie auch wirksam vornehmen", dazu führen, eine allgemeine Rechtsregel dahin aufzustellen: wer Rechtshandlungen vornehmen kann, nimmt sie auch wirksam vor. Abgesehen davon, daß die Behauptung Kleins keineswegs unumstößliche Wahrheiten enthält,[2]) die Gruppe der RHRH., zu der die Billigung zählt, zeigt zur Genüge, daß ein allgemeiner Rechtssatz unmöglich ist. Denn bald wird hier Geschäftsfähigkeit gefordert, bald kann ein Geschäftsbeschränkter die Handlung wirksam vornehmen, ja innerhalb einer einzelnen RH., der Verzeihung, ist eine verschiedene rechtliche Behandlung möglich.[3]) Vom Wesen der Billigung muß ausgegangen werden, wenn man prüfen will, ob ein Geschäftsbeschränkter wirksam billigen kann.

Hierbei ist vorauszuschicken, daß die Billigung nicht lediglich rechtlichen Vorteil bringt. Durch die Billigung wird der Kauf wirksam. Hierdurch werden neben den Rechten auch die Pflichten aus dem Vertrage fällig. Wenn somit die Vorschriften von der WE. anzuwenden wären, müßte die Billigung nur mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vorgenommen werden können.[4]) Eine Billigung mit nachfolgender Zustimmung des Mundwalts wäre unmöglich.

Kauf auf Probe ist die gesetzestechnische Abkürzung eines Kaufs, der unter der Bedingung, daß der Käufer sein Gefallen an dem gekauften Gegenstand in späterer Zeit ausspreche, zustande gekommen ist. Stimmt somit der gesetzliche Vertreter einem solchen Kauf des Geschäftsbeschränkten zu, so bedeutet dies, ich habe nichts dagegen, daß der Kauf unter der Bedingung, daß dir die Sache gefällt, wirksam wird. Durch

1) 149 β.
2) Enneccerus 1, 1, 522 Note 4; auch Klein 150.
3) Klein 124; Manigk 699.
4) § 107.

eine solche Zustimmung wird der Geschäftsbeschränkte vor Übereilungen beim Kauf hinreichend geschützt. Wenn dem Mundwalt der fragliche Vertrag ungünstig erscheint, muß er ja kraft seiner Stellung als Gewalthaber die Wirksamkeit des Vertrages von vornherein unterbinden. Hiergegen könnte man sagen, daß der Gewalthaber vielleicht um dem Mündel oder der Gegenpartei einen Gefallen zu tun, den Vertrag genehmigt, sich dabei aber vorgenommen hat, die Wirksamkeit des Vertrages durch Versagung der Einwilligung zur Billigung hintan zu halten. Daß ein solches Verhalten wegen der gesetzlichen Regelung des Stillschweigens für den Gewalthaber sein Mißliches hat, sei nur nebenbei erwähnt. Vor allem aber ist zu betonen, daß eine solche falche Erwägung, die der Gewalthaber bei der Zustimmung zum Kauf auf Probe haben könnte, bei dem Aufbau eines juristischen Begriffs nicht maßgebend sein darf, besonders, wenn dies, wie es hier der Fall ist, zu einem unlogischen Ergebnis führt: Von einem Kauf unter der Bedingung, daß einem Dritten der Gegenstand gefällt, scheidet sich der Kauf auf Probe nur dadurch, daß an die Stelle des Dritten der Käufer tritt. Bei einem Kauf der ersteren Art nun wird es keinem einfallen, zu sagen, daß der Dritte, wenn er geschäftsbeschränkt ist, nur mit Einwilligung seines Gewalthabers seinen Gefallen ausdrücken kann. Wenngleich dies nirgends ausdrücklich erklärt ist, so ist doch diese Ansicht voll und ganz berechtigt. Auch im Fall der Bestimmung der Leistung durch einen Dritten (§ 317) hat das Gesetz nicht ausdrücklich bestimmt, daß dieser Dritte geschäftsfähig sein muß, und doch ist sich Theorie wie Praxis einig,[1]) daß der Dritte nicht geschäftsfähig zu sein braucht. Und dabei handelt es sich im § 317 um ein echtes Gestaltungsrecht, während es sich bei der Bedingung, daß der Gegenstand dem Dritten gefällt, nur um den Eintritt von Rechtsfolgen handelt. Daß aber das, was für den Dritten gilt,

1) Vgl. z. B. Crome 1, 365 Note 20; Fischer-Henle § 107 Note 3; Zitelmann Grundriß 107.

auch für den Käufer gelten muß, das bedarf wohl keines weiteren Beweises. Haben doch auch die Motive den Schluß von § 318 auf § 495 verwertet.[1]) Wäre man anderer Ansicht, man käme zu dem Ergebnis, den Kauf eines Geschäftsbeschränkten unter der Bedingung, daß ihm der Kaufgegenstand gefalle, für gültig zu halten, ohne daß es einer Zustimmung zum Gefallen seitens des Mundwalts bedarf, den Kauf auf Probe eines Geschäftsbeschränkten dagegen nicht.

Die Billigung kann demnach von einem Geschäftsbeschränkten wirksam vorgenommen werden.

Das Gleiche wird aber auch zu gelten haben, wenn ein volljähriger Geschäftsunfähiger in einem lichten Augenblick billigt. Eine andere Entscheidung würde den Unterschied zwischen Handlungs- und Geschäftsunfähigkeit aufheben.

2. Titel. Willenserklärung.

§ 116. Mentalreservation. Die Anwendung des § 116 auf die Vorstellungsmitteilung ist in neuerer Zeit vielfach bestritten worden,[2]) wie überhaupt die Bedeutung des § 116 stark eingeschränkt wird. So wird auch bei der unverläßlichen WE.,[3]) ja selbst bei mancher WE.[4]) ihre Anwendung bestritten. Man hat darauf hingewiesen, daß bei der Vorstellungsmitteilung die Mentalreservation begrifflich ausgeschlossen sei,[5]) „weil bei ihr der Erklärende die als gewollt erklärte Rechtsfolge innerlich verneint“,[6]) bei der Vorstellungsmitteilung aber die Wirkungen kraft Gesetzes eintreten. Wäre diese Beweisführung richtig, müßte aus gleichem Grunde die Anwendung des § 116 für die Billigung ausgeschlossen sein. Indes krankt diese Beweisführung an einem schweren Fehler. Die Mentalreservation ist stets

1) Mot. 1, 174.
2) Literatur vgl. Klein 154 Note 105.
3) Jakobi 90 ff.; dagegen Knoke ZHR. 69, 581.
4) Hölder 1911, 12 ff.
5) Klein 154 Note 108.
6) Manigk 739.

mutatis mutandis aufzufassen. Der Inhalt des § 116 ist für die WE.: liegt objektiv der Tatbestand der WE. vor, so kommt ein innerer, nicht in die Erscheinung getretener Wille, der diesem Tatbestand das Wesen der WE. nehmen will, nicht in Betracht; für die Vorstellungsmitteilung: liegt objektiv der Tatbestand der Vorstellungsmitteilung vor, so ist dieser gültig, mag auch der Mitteilende insgeheim eine Vorstellung nicht mitteilen wollen. Dass dieser Satz unserm Rechtsempfinden entspricht, dürfte wohl kaum zu bezweifeln sein. Ebensowenig aber auch die Anwendung des § 116 auf die Billigung. § 116 muß für die Billigung lauten:

Eine Billigung ist nicht deshalb nichtig, weil sich der Erklärende insgeheim vorbehält, mit dem Erklärten nicht sein wahres Urteil zum Ausdruck bringen zu wollen.

§ 116,2 und § 117 fallen bei der Billigung weg, da die Billigung nicht empfangsbedürftig ist.

§ 118. Nicht ernstlich gemeinte Billigung. Eine nicht ernstlich gemeinte Billigung, die in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, ist nichtig.

Die Richtigkeit dieser Anwendung ergibt sich daraus, daß der objektive Tatbestand der Billigung, der alle Momente bei dem Käufer wie bei dem Verkäufer berücksichtigt, in einem solchen Falle nicht vorliegt.

§ 122. Negatives Vertragsinteresse. Ist die Billigung nach § 118 nichtig, so hat der Käufer jedem Dritten den Schaden zu ersetzen, den der Dritte dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der Dritte an der Gültigkeit der Billigung hat.

Die Schadensersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Beschädigte den Grund der Nichtigkeit kannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte (kennen mußte).

Zu §§ 119 ff. In den §§ 119 ff. ist von Anfechtbarkeit der WE. die Rede. Da die Rechtsfolgen der Billigung der Privatautonomie entzogen sind, kraft Gesetzes eintreten,

kann bei der Billigung von Anfechtung nicht gesprochen werden. Es fragt sich daher, ob unter den Voraussetzungen der §§ 119 ff. die Billigung nichtig oder vollwirksam ist. Hierbei muß man die Fälle des Irrtums und der unrichtigen Übermittelung einerseits, der arglistigen Täuschung andererseits unterscheiden.

§ 119. Die irrtümliche Billigung. Wenn jemand aus freien Stücken ein Urteil über den gekauften Gegenstand abgibt, so kann es vorkommen, daß er sich über den Inhalt seiner Äußerung irrt, indem er billigt statt mißbilligt oder umgekehrt. In der Außenwelt ist dieser Irrtum nicht in die Erscheinung getreten. Objektiv gilt die Billigung als abgegeben. Hierauf kommt es aber allein an, nicht darauf, wie die Parteien ein Ereignis, das als Bedingung gesetzt ist, auffassen. Bereits oben ist darauf hingewiesen worden, daß zumindest im heutigen Recht die sog. Willkürbedingung auch ohne Absicht vorgenommen werden kann. „Der Parteien Absicht geht bei dem Abschluß willkürlich bedingter Verträge dahin, daß die Gebundenheit auch dann eintreten soll, wenn die betreffende Verhandlung ohne Verpflichtungswillen aus anderen Gründen vorgenommen wird.“ [1]) So erschien es selbst Walsmann,[2]) der die Billigung als WE. auffasst, als notwendige Folge dieses Rechtssatzes, eine Irrtumsanfechtung der Billigung nicht zuzugestehen. Erst recht muß dieses jetzt gelten, wo die Billigung nicht mehr als WE. zu betrachten ist. Hierzu kommt ein Weiteres: in der Behandlung des Irrtums bei der WE. hat sich im Laufe der Zeit eine Anschauung eingeschlichen, die die Gefahr nahelegt, daß der Unredliche günstiger wie der Redliche gestellt wird.[3]) Die Gefahr ist umso drohender, als bereits das RG. in zwei wichtigen Entscheidungen hierzu Stellung genommen hat und hierbei dem Unredlichen Tür und Tor geöffnet hat.

1) Enneccerus Rgeschäft 285.

2) Iherings J. 54, 274: aA. Goldschmidt Goldschmidts Z. 1, 280.

3) Vgl. hierzu Hölder 1911, 6, der von anderem Standpunkt aus auf den gleichen Fehler aufmerksam macht.

Entsprechend den oben entwickelten Grundsätzen hat das RG.[1]) anerkannt, daß eine gültige schriftliche WE. vorliegt, auch wenn die Unterzeichnung des Schriftstückes geschehen ist, ohne daß der Unterzeichner eine Vorstellung von dem Inhalt der WE. gehabt hat. „Da der Unterzeichnende in solchen Fällen schlechterdings nichts über den Erklärungsinhalt denkt, denkt er auch nichts Irriges darüber, sodaß in Bezug auf jenen Inhalt nichts weiter als die reine Unwissenheit vorhanden ist."

In einer neuerlichen Entscheidung[2]) hat nun das RG. entschieden, daß eine unter gleichen Voraussetzungen erfolgte WE. angefochten werden kann, wenn der Unterzeichner mit Recht oder mit Unrecht einen gewissen Sachverhalt voraussetzt. Wenn dieses Ergebnis vom rein formalen Standpunkt aus richtig genannt werden muß, so dürfte damit doch nicht zu behaupten sein, daß es besonders begrüßt werden müsse. Nichts ist jetzt leichter, als eine ungelesene WE. anfechtbar zu machen. Der Unterzeichner braucht nur zu erklären, daß er unter falscher Voraussetzung die Erklärung unterschrieben hat. Ihm das Gegenteil nachzuweisen, dürfte so gut wie unmöglich sein, oder meint man etwa, durch das Allheilmittel der Eideszuschiebung die Wahrheit zu ergründen? Weit richtiger wäre es, wenn man sagte, „es kommt nicht darauf an, wie die Beteiligten gedacht haben. Maßgebend ist der erklärte Wille."[3]) Ist somit das Ergebnis der jetzigen Auffassung der WE. keineswegs ein günstiges zu nennen, so dürfte es mehr als leichtfertig sein, diese Anschauung über das Gebiet der WE. hinaus auszudehnen. Im Gegenteil, es erscheint richtiger, diese möglichst einzuschränken. Von einer Ausdehnung auf die Billigung, wo diese sogar zur Nichtigkeit führen müßte, kann m. E. keine Rede sein.

---

1) JW. 08, 327.
2) RG. 77, 313.
3) RG. 67, 433.

§ 123. Arglistige Täuschung und Drohung. Bei der durch arglistige Täuschung erreichten Billigung muß man unterscheiden, von wem diese Täuschungen ausgegangen sind, ob vom Verkäufer oder von einem Dritten. In letzterem Fall kann es sich um eine Täuschung handeln, von der der Verkäufer Kenntnis hatte oder Kenntnis haben mußte, oder um eine Täuschung, von der er keine Kenntnis haben mußte.

Wenn der Verkäufer von der Täuschung, durch die die Billigung veranlaßt wurde, weder Kenntnis hatte noch Kenntnis haben mußte, liegt eine gültige Billigung vor. Das beweist schon die gleiche Entscheidung bei der WE.

Wenn der Käufer dagegen die Täuschung kannte oder doch kennen mußte, so liegt keine Billigung vor. Es liegt für jemanden, der mit den Tatumständen vertraut ist, kein eigenes Urteil des Käufers über den Gegenstand vor, selbst wenn die Täuschung nur mitbestimmend war,[1]) und das ist dem Verkäufer, der die Täuschung kennen muß, bekannt gewesen.[2])

Wenn der Verkäufer vollends selbst die Täuschung verübt hat, weil sie zu seinem Vorteil gereicht, so greift § 162 durch. Die Billigung gilt als Mißbilligung, die Mißbilligung als Billigung. Gereicht sie indes dem Verkäufer nicht zum Vorteil, so ist die gleiche Entscheidung hier zu treffen wie in dem Falle, daß der Verkäufer die Täuschung kannte.

Zu den §§ 125 ff. Als die Motive bei der Billigung den Schluß von § 318 verwerteten, geschah dies, um die Formfreiheit der Billigung festzustellen, da auch die Bestimmung der Leistung durch einen Dritten formfrei ist. Ein solcher Schluß hätte sich indes erübrigt. Da bereits vor der Billigung der Vertrag zustande gekommen ist, kann die Billigung nicht erst den Vertrag abschließen. Soweit aber das Gesetz Formvorschriften aufgestellt hat, tat es dies

1) Zustimmend RG. 77, 313 ff.

2) Vgl. die ähnliche Entscheidung Kleins 116e für die Verzeihung.

lediglich, um den Abschluß des Geschäfts, nicht seine Wirksamkeit zu erschweren. Schon aus diesem Grunde ist die Billigung formfrei.

Zu den §§ 130 ff. Durch den Nachweis, daß die Billigung keine Mitteilung sei, ist negativ festgestellt, daß die Billigung eines Zugangs nicht bedarf, damit sie wirksam wird. Wann sie wirksam wird, ergibt sich vielmehr aus dem Wesen der Billigung. Bereits im Augenblick der Betätigung, des Eintritts der Bedingung, nicht erst am Endpunkt der vereinbarten Frist, wird somit der Vertrag wirksam.[1])

§ 133 fällt weg, da bei der Auslegung der Billigung kein Wille zu erforschen ist.

3. Titel. Vertrag.

Die Anwendung auf die Billigung ist begrifflich ausgeschlossen.

4. Titel. Bedingung. Zeitbestimmung.

Da alle Wirkungen der Billigung kraft Gesetzes, „d. h. ohne Rücksicht auf einen darauf gerichteten Willen des Handelnden eintritt, ist es dem Handelnden nicht gegeben, den Eintritt der Rechtsfolgen von einer Bedingung oder Befristung abhängig zu machen, ist die Vornahme der Billigung unter einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung mit der Bestimmung eines Anfangs- oder Endtermins ausgeschlossen.[2])

5. Titel. Vertretung. Vollmacht.

Die Frage der Stellvertretung, die im Gebiete der RH. eine überaus bestrittene ist, ist bei der Billigung bereits durch das Gesetz entschieden. „Die Billigung steht im Belieben des Käufers“ (§ 495, 1). Mit knappen, vielleicht zu knappen Worten ist hier gesagt, daß Stellvertretung unmög-

1) Lukanov 47.

2) Klein 23c: Leonhard AL. 382 ff.; vgl. auch Enneccerus 485a und Note 16.

lich ist. Da aber vielleicht diese Beweisführung nicht allgemein Anklang finden wird, sei in folgendem noch auf andere Weise der Nachweis der Richtigkeit zu erbringen versucht. Das Gesetz selbst spricht nur von Vertretung bei der WE. und dem Rechtsgeschäft, sodaß bisweilen behauptet wird, nur bei diesem sei Vertretung möglich.[1]) In dieser Behauptung steckt insoweit ein richtiger Kern, als die Bestimmungen der §§ 164 ff. auf die rechtsgeschäftliche Stellvertretung zugeschnitten sind.[2]) Daß aber eine Stellvertretung bei der RH möglich ist, das lehrt HGB. § 49:

Die Prokura ermächtigt zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und RHRH., die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt;

Dies lehren ferner HGB. §§ 54, 493, 523; VVG. § 46. Ja selbst aus dem BGB. kann gefolgert werden, daß Stellvertretung in anderen Fällen als bei WE. und Rechtsgeschäft vorkommen kann. Wie könnte sonst die passive Stellvertretung möglich sein (§ 164 III)? Oder sollte etwa der Empfang einer WE. WE. sein? Prinzipiell kann also nicht geleugnet werden, daß Stellvertretung bei der RH vorkommen kann. Ob aber jede RH durch Stellvertreter vorgenommen werden kann, ist eine andere Frage. Sie läßt sich nur aus dem Wesen der einzelnen Handlung entscheiden.[3]) Es wird eine Stellvertretung in allen den Fällen ausgeschlossen sein müssen, in denen es sich um höchst persönliche Rechtsausübungen handelt. Dies wird stets der Fall sein, wenn es persönliche Überzeugungen sind, an die das Gesetz Wirkungen knüpft. Deshalb hat Klein[4]) mit Recht bei Feststellungen und Schätzungen Sachverständiger, bei Behauptungen und Versicherungen der mitwirkenden Personen Stellvertretung geleugnet. Das Gleiche muß auch bei der Billigung gelten. Auch die Billigung enthält eine

1) Z. B. Wolf Vorb. § 164.
2) RGK. Vorb. § 164, 2.
3) Leonhard 309.
4) Klein 159, b—d, g, vgl. ferner 117; 129, 13.

höchst persönliche Überzeugung des Käufers, sie ist eine höchst persönliche Handlung, wenngleich bei ihr keineswegs Boten- und Gehilfentätigkeit ausgeschlossen ist. Eine Stellvertretung ist bei der Billigung ausgeschlossen. Hiermit ist keineswegs gesagt, daß das Recht auf Billigung und Mißbilligung mit dem Tode des Käufers erlischt. Vielmehr geht dieses Recht mit dem übrigen Vermögen des Erblassers auf seine Erben über.[1])

6. Titel. Einwilligung. Genehmigung.

Da die Billigung wirksam von Geschäftsbeschränkten vorgenommen werden kann, ist der 6. Titel für die Billigung bedeutungslos.

Anhang.

Zu § 207. Oben ist gesagt, daß das Recht des Käufers auf den Erben übergeht. Dieses Recht enthält keinen Anspruch, da es von keinem anderen ein Tun oder ein Unterlassen verlangt § 194. Die direkte Anwendung des § 207 ist sonach unmöglich. Doch dürfte eine analoge Anwendung auf die Billigung zu empfehlen sein. Der Grundgedanke des Gesetzes ist im § 207, dem Erben möglichst lange die Rechte des Erblassers zu erhalten. Dieser Gedanke ist auch bei der Billigung gut zu heißen.

Schluß.

In der Einleitung ist bereits angedeutet, daß die Billigung keine RH., keine WE. ist. Die weiteren Ergebnisse dieser Abhandlung in einer üblichen Schlußbetrachtung nochmals zusammenzufassen, erschien wenig vorteilhaft, da hierbei das im Kapitel IV Gesagte zum größten Teil wörtlich wiederholt werden müßte. Aus diesem Grunde ist denn auch von einer Zusammfassung abgesehen.

1) Goldschmidt Goldschmidts Z. 1, 118; ältere Literatur daselbst Note 18.

Hofbuchdruckerei von C. A. Kaemmerer & Co., Halle a. S.